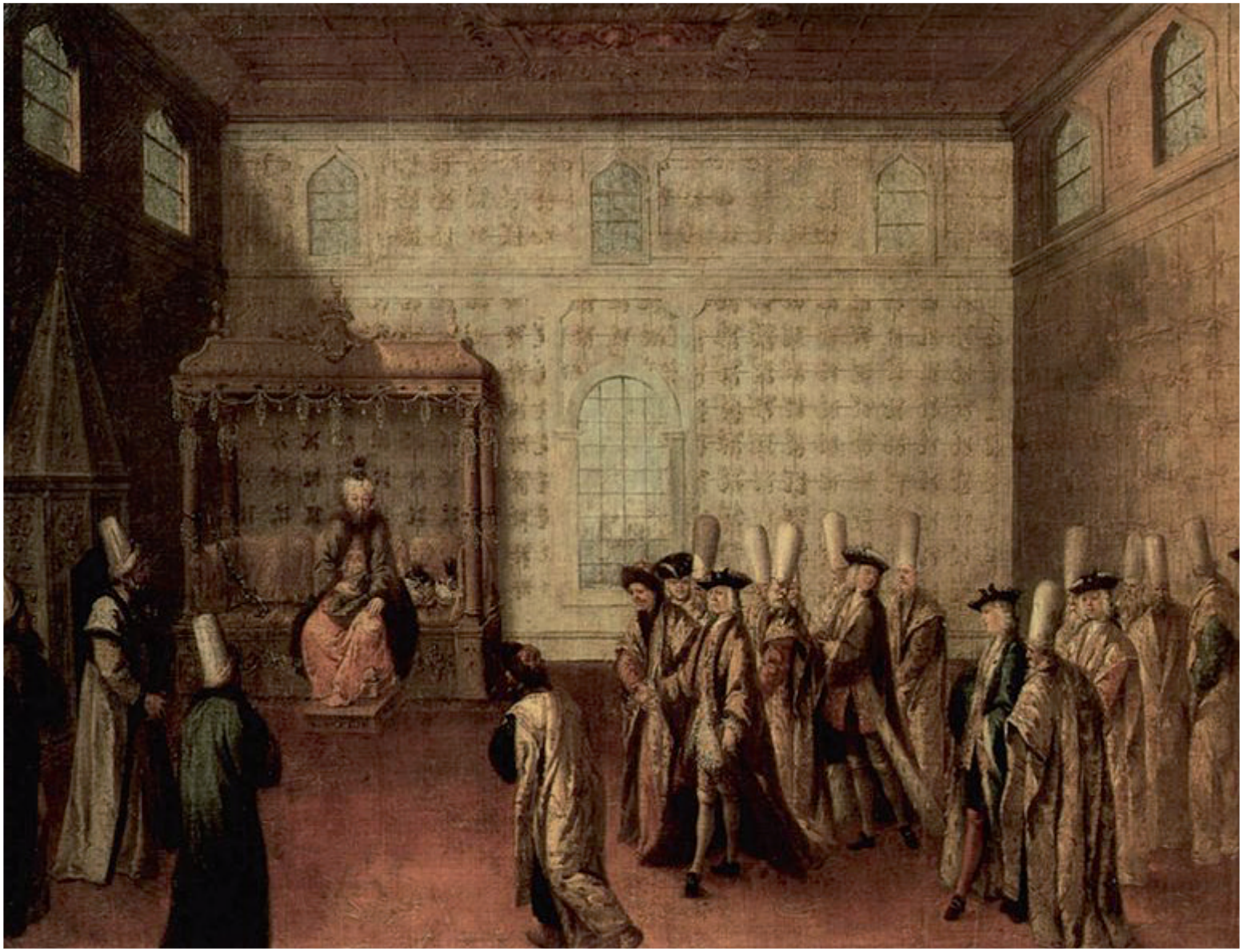
COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

a cura di Pasquale Stanzione



Anno 2017 - Volume 1

www.comparazionedirittocivile.it

COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

Comitato scientifico

Pasquale Stanzione (*Università degli Studi di Salerno*), Gabriella Autorino (*Università degli Studi di Salerno*), Aldo Berlinguer (*Università degli Studi di Cagliari*), Guido Biscontini (*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 Universitesi), 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 Giovannopoulos *(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 Stanzione *(Università degli Studi di Salerno)*, Andrea Stazi *(Università Europea di Roma)*, Derya Tarman *(Koc Universitesi - 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 Lillà 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

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

© COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE - Tutti i diritti riservati

1/2017

INDICE

DOTTRINA

La responsabilità delle società di calcio nel sistema della giustizia sportiva
Pasquale Stanzione

Vote Value Disparity and Judicial Review in Japan
Yuichiro Tsuji

L'incidenza del principio di precauzione sulla responsabilità civile negli ordinamenti francese e italiano
Maria Gabriella Stanzione

L'applicazione delle norme CEDU nell'ordinamento interno: dall'evoluzione giurisprudenziale agli sviluppi globali
Rosanna Fattibene

The Role of Comparative Law in the Integration of Migrants
Piervincenzo Pacileo

La negoziazione preventiva della responsabilità aquiliana
Bruno Meoli

La sorte del contratto nell'ipotesi del riciclaggio
Giovanni Sciancalepore

A proposito di abuso di autonomia contrattuale di impresa
Cristina Dalia

Cleansing Effect e Standard di Judicial Review nella recente giurisprudenza statunitense
Pierluigi Matera – Ferruccio M. Sbarbaro

STUDI E RICERCHE

Ius variandi orizzontale del datore di lavoro dopo il jobs act
Marco Capece

Diritti patrimoniali nella filiazione non riconosciuta
Martina Vivirito Pellegrino

I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?
Marco Schirippa

Il regime successorio degli uniti civilmente e dei conviventi di fatto
Eduardo Fernandes

Dall'illiceità (della condotta) all'illegalità (della tradizione)? Alcune riflessioni sui matrimoni forzati, con particolare riferimento al caso del Regno Unito
Giovanna Spanò

NOTE E RECENSIONI

Art Collections, Private and Public: A Comparative Legal Study
Giovanni Maria Riccio – Virginia Zambrano

GIURISPRUDENZA

Comunione e condominio
Cass. Civ., Sez. ii, 9 Gennaio 2017, n. 199

Responsabilità Medica
Cassazione Civile, Sez. III, 10 Gennaio 2017, n. 243

Parto anonimo - Adozione - danni in materia civile e penale
Cass. Civ., Sez. Un., 25 Gennaio 2017, n. 1946

Accordi di separazione
Cass. Civ., Sez. I, 30 Gennaio 2017, n. 2224

Azione Di Classe
Cassazione Civile, Sez. Un., 1 Febbraio 2017, n. 2610

Diritto alla riservatezza – Diritti della Personalità – Riservatezza – Trattamento e comunicazione di dati sensibili – Nozioni e modalità – Dati indicativi della condizione di salute del titolare
Cass. Civ., Sez. I, Ord., 9 Febbraio 2017, n. 3456

Diritto alla riservatezza – Diritti della Personalità – Riservatezza – Trattamento e comunicazione di dati sensibili – Nozioni e modalità – Dati indicativi della condizione di salute del titolare
Cass. Civ., Sez. I, Ord., 9 Febbraio 2017, N. 3455

Contratto preliminare – Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto
Cass. Civ., Sez. II, 27 Febbraio 2017, n. 4939

Mantenimento dei figli – Azione di regresso
Cass. Civ. Sez. VI - 1, Or., 15 Marzo 2017, n. 6819

Edilizia ed urbanistica – Vincoli alla proprietà

Cons. St., Sez. IV, 17 Marzo 2017, n. 1196.

Nullità del contratto – Rilevabilità officiosa – Giudizio di Appello
Cass., Sez. Un., 23 marzo 2017, n. 7294

Opere di ristrutturazione edilizia – Interventi manutentivi o modificativi di lunga durata su immobili preesistenti – Art. 1669 c.c. – Applicabilità

Cass. civ. sez. un., 27 Marzo 2017, n. 7756

Principio di precauzione – Vaccinazioni obbligatorie – Accesso ai servizi educativi comunali
Cons. St., Sez. III, 21 Aprile 2017, n. 1662

Responsabilità civile – Amministrazione pubblica – Giurisdizione – Responsabilità precontrattuale della P.A.
Cass. Civ. Sez. Un., 27 Aprile 2017, Sent. n. 10413

Contratto di investimento – Forma – Nullita' – Forma di protezione – Sottoscrizione della Banca
Cass. Civ., Sez. I, 27 Aprile 2017, Ord. n. 10447

Surrogacy Arrangement Abroad
European Court Of Human Rights, Grand Chamber, Paradiso And Campanelli V. Italy, 24 gennaio 2017

Acción directa del Artículo 1597 Del Código Civil
Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Febrero de 2017. Recurso Nº 2335/2014

Right to be forgotten
European Court Of Justice, Second Chamber, Case C-398/15, 9 March 2017

Freedom of expression and hate speech
European Court Of Human Rights, Third Section, Rolf Anders Daniel Pihl V. Sweden, March 9th 2017

Discrimination based on religion or belief
European court of justice, Grand Chamber, in case c-157/15, 14 March 2017

1/2017

DOTTRINA

LA RESPONSABILITÀ DELLE SOCIETÀ DI CALCIO NEL SISTEMA DELLA GIUSTIZIA SPORTIVA[1]

PASQUALE STANZIONE

SOMMARIO: 1. Il sistema della giustizia sportiva. – 2. Il ruolo della giustizia ordinaria.

1.Un'introduzione al tema, suggerito nel titolo del convegno, non può scendere ad esaminare le caratteristiche, i profili analitici, le tesi prospettate e le visioni avanzate: si deve invece limitare a segnalare i problemi, i punti critici, lasciando ai relatori il dispiegarsi delle argomentazioni e l'avanzare delle soluzioni.

Innumerevoli sono le questioni che, specialmente nello sport più diffuso e più seguito, si prospettano oggi, anche alla luce di una recente riforma della giustizia sportiva, che non ha più di tre anni di vita.

Tra i tanti, potrei enucleare due aspetti che a me sembrano rivestire un'importanza determinante. Il primo, che possiamo qualificare come coerenza interna, attiene ai rapporti che si sviluppano in tema di responsabilità tra le società di calcio e il sistema ordinamentale della giustizia sportiva.

Il secondo delinea, invece, le relazioni tra le varie responsabilità, individuate dal codice della giustizia sportiva, e la normativa di diritto comune: per intenderci, dalla disciplina della responsabilità civile del codice civile.

[1] Intervento introduttivo, eliminate le parole di circostanza, al Convegno del 31 maggio 2017 presso l'Università degli Studi di Salerno.

Qui, preliminarmente al discorso di dettaglio, diverrà necessario il dispiegamento di una sorta di actio finium regundorum con la giustizia dell'ordinamento statale.

Ma procediamo con ordine. Quanto al primo punto, ossia la coerenza interna al sistema della giustizia sportiva, nella precedente esperienza si era determinata un'incoerenza, una discrasia o comunque si erano palesate delle criticità, ad esempio tra le corti federali, da un lato e il TNAS e l'Alta Corte, dall'altro.

Sono state esse eliminate, sono state superate con il nuovo sistema di giustizia, entrato in vigore nel 2014? Il codice di giustizia sportiva del CONI è, infatti, dell'11 giugno 2014; il codice di giustizia sportiva della FIGC è del 30 luglio 2014.

Forse, è troppo presto per pronunciarsi definitivamente in merito.

Certamente, dall'osservatorio che io ho come componente del Collegio di garanzia del CONI un qual certo risultato è stato ottenuto.

Il Collegio del CONI è destinato a garantire un'uniformità applicativa del sistema di giustizia interno. Infatti, esso ha la caratteristica dell'unicità rispetto alla diversa soluzione degli organi apicali nel precedente regime.

Il Collegio funziona come suprema corte di legittimità, competente per violazione di norme di diritto, per omessa o insufficiente motivazione su di un punto decisivo della controversia: esso può riformare senza rinvio la decisione impugnata oppure rinviarla all'organo di giustizia federale competente che, in una diversa composizione, si dovrà pronunciare entro 60 giorni applicando il principio di diritto enunciato dal Collegio stesso.

In tal modo, mi sembra che si ottengano due risultati: si semplificano gli organi di vertice esofederali e si tenta di raggiungere un'omogeneità non in base a principi, ma piuttosto con norme procedimentali più analitiche e cogenti. Si potrebbe probabilmente affermare che si sia operata una specie di "civilizzazione" (la metto tra virgolette) della giustizia sportiva, creando una rete di garanzie intorno al procedimento.

Procedimento che - intendiamoci - rimane autonomo rispetto a quello statale, ma che risulta ispirato, pregno di riferimenti e di applicazioni costituzionali. Penso alla parità delle parti, al contraddittorio, al diritto di difesa, alla terzietà e imparzialità degli organi giudicanti, alla motivazione e pubblicità delle decisioni, alla ragionevole durata del processo (attenzione: non si fa più riferimento alla "rapidità" della precedente disciplina): insomma, si tratta del giusto processo dell'art. 111 cost. Ma non tutto pare che si muova lungo queste direttrici.

Permangono delle criticità: ne accenno soltanto a qualcuna. Resta l'inversione dell'onere della prova. Nell'ordinamento sportivo è l'incolpato a dover provare la propria innocenza. Ancora, la pena è immediatamente esecutiva.

Interessanti sono altresì alcuni risvolti che concernono la definizione dei rapporti con quanto abbia deciso l'autorità giudiziale statale: ad esempio, la sentenza penale irrevocabile di condanna assume efficacia di giudicato nel giudizio disciplinare davanti all'organo sportivo circa l'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e della sua commissione da parte dell'imputato. Mentre, la sentenza penale irrevocabile di assoluzione ha forza di giudicato nel giudizio disciplinare circa l'insussistenza del fatto o circa la sua non commissione da parte dell'imputato. Al tempo stesso, bisogna anche dire - questa volta a favore dell'autonomia del processo sportivo - che è riconosciuto un potere di cognizione incidentale dl giudice sportivo per ogni questione pregiudiziale - anche se riservata per legge all'autorità giudiziaria statale -, ivi comprendendo anche le questioni sulla capacità di stare in giudizio e sull'incidente di falso.

2. Quanto al secondo aspetto: e cioè le relazioni intercorrenti tra le varie responsabilità della giustizia sportiva e del codice civile.

Ho detto prima che qui essenziale è definire i confini tra la giustizia sportiva e quella dell'ordinamento statale.

Ed è un problema di non poco conto, anzi fortemente condizionante le applicazioni ai casi concreti. Se si volesse, per avventura, semplificare la questione si potrebbe sostenere che le situazioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento generale sono riservate alla giustizia statale. Ma quali sono? Qui viene in aiuto la legge n. 280 del 17.10.2003, la quale riserva alla competenza della giustizia statale " i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo".

Mentre, per l'àmbito proprio della giustizia sportiva interna, si ha riguardo all'osservazione e applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni, al fine - ecco l'espressione importante - di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive nonché i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione e applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive.

Ora, la legge 280 del 2003 è veramente importante, giacché riconosce e favorisce - si spera, ponendo fine alle discussioni del passato - l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al CIO.

Inoltre, nell'art. 3 della stessa legge - una volta accantonato il famoso vincolo di giustizia, che aveva dato luogo a contrasti e perplessità nella dottrina e nella giurisprudenza - viene delineata una pregiudiziale sportiva del seguente tenore: una volta esauriti i gradi della giustizia sportiva interna e intoccata la giurisdizione del giudice ordinario per i rapporti patrimoniali tra società e atleti, ogni altra controversia relativa ad atti del CONI o delle federazioni sportive non riservate agli organi della giustizia interna, è disciplinata dal codice del processo amministrativo, con giurisdizione esclusiva del TAR Lazio, titolare di una competenza funzionale inderogabile.

V'è da aggiungere, per completezza, che la Corte cost. nella sentenza n. 49 del 2011 ha precisato che la mancata praticabilità della tutela impugnatoria non esclude che le situazioni di diritto soggettivo o di interesse legittimo siano adeguatamente tutelabili innanzi al giudice amministrativo mediante la tutela risarcitoria: quindi, non la caducazione dell'atto, ma il conseguente risarcimento del danno.

Del resto, tale pretesa risarcitoria non può essere fatta valere davanti al giudice sportivo.

Tanto acclarato, il civilista si china pensoso sul coacervo delle responsabilità delle società di calcio: responsabilità diretta, responsabilità oggettiva, responsabilità presunta. E' l'art. 4 del codice di giustizia sportiva della FIGC. E' vero, si tratta di responsabilità speciali. Ma quanti contrasti, quante incertezze soprattutto nei rapporti con il sistema della responsabilità civilistica, con gli articoli 2043, 2049, 2050, 2051!

Mi limito alla responsabilità oggettiva. La società risponde per i dirigenti, per i tesserati, per il personale addetto ai servizi, ma, attenzione, anche per i comportamenti dei propri sostenitori (i tifosi) sia sul proprio campo di gioco che in trasferta: pensate in proposito ai comportamenti discriminatori (art. 11 del codice); alla produzione di fatti violenti (art. 12); ai fatti violenti dei sostenitori (art. 14).

E' una responsabilità davvero pesante: tant'è che in sede dottrinale s'invoca l'applicazione dell'art. 2050 c.c. Si pensi al riguardo all'ipotesi in cui vi siano lesioni di un

atleta per accadimenti non derivanti dagli altri atleti. Emblematico è il caso Giampà di qualche anno fa, in cui le gravi lesioni del calciatore erano state causate dall'inciampo nel cartellone pubblicitario collocato ai bordi del campo. Qui, più che invocare il principio dell' ubi commoda et ibi incommoda, basta il richiamo appunto all'art. 2050 c.c.

Certo, da taluno - anche a séguito di pronunce di qualche organo di giustizia sportiva - s'invoca un'attenuazione di tale terribile responsabilità.

Penso ad una decisione della Corte federale d'appello del 19.01.2015 - io già non c'ero più - , che introduce temperamenti, sia pure rigorosamente interpretati, alla responsabilità oggettiva, "avuto riguardo ad un esame non formalistico, ma sostanziale dell'effettivo legame tra il fatto avvenuto e le specifiche responsabilità della società "(Bologna F.C.).

Ma non soltanto questo: vi sono, com'è noto, l'esimente e le attenuanti dell'art. 13 codice giustizia sportiva della FIGC. Indubbiamente residuano alcune perplessità, soprattutto quando la condotta illecita è posta in essere da persone estranee alla società e a sua insaputa: ricordiamo il caso del calcio-scommesse? Ovviamente altro è l'ipotesi del concorso nell'illecito da parte della società o ancora la violazione del principio di lealtà e probità.

Insomma, la responsabilità oggettiva è comunque un notevole appesantimento per la società di calcio.

Ma il civilista, per altro verso, non dimentica l'importanza di una vicenda giudiziaria di tanto tempo fa e che negli annali della giurisprudenza e nel ricordo degli studiosi e degli studenti è rimasta con il nome di un passaggio: dalla sciagura di Superga al caso Meroni.Qui avvenne un ribaltamento epocale del principio di relatività del rapporto obbligatorio: i diritti, le pretese e gli obblighi intercorrono soltanto tra il creditore e il debitore.

E invece si pervenne all'affermazione della lesione del credito da parte di terzi, con conseguente riconoscimento proprio alla società di calcio (per la cronaca, il Torino) del risarcimento per la morte del calciatore avvenuta ad opera di terzi. E', nella storia del diritto, una *compensatio lucri cum damno?*

COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

VOTE VALUE DISPARITY AND JUDICIAL REVIEW IN JAPAN

YUICHIRO TSUJI·

In November 2015, the Japanese Supreme Court ruled that that there was disparity in the number of members in the House of Representatives following the general elections of December 2014. The plaintiff argued that the results of the 2014 elections for the House of Representatives were null and void. The value of the votes should be equal to the total number of voters, according to Articles 14 and 44 of the Japanese Constitution. The vote value disparity has created controversy through several cases since the Japanese Constitution was established.

The Japanese Supreme Court has repeatedly used a rather obscure doctrine called *Iken-Jotai*, or an "unconstitutional state or condition," which explains that, although an election is effective, it is nevertheless an illegal and unconstitutional process at the time of election as per the equality before the law doctrine of Articles 14 and 44 of the Japanese Constitution. This unconstitutional status prevents disorder in case all members of the Diet lose their eligibility by judicial decision. The doctrine urges the Diet to reform the allocation of the number of members in the constituency, without stipulating a specific period of time in which to do so. A message of caution from the Japanese Supreme Court might not be heeded by the Diet, as it is a dysfunctional branch of government.

In Japan, constituency reform is overseen by members of the parliament. An electoral district-fixing council is established in the parliament after judicial decisions, and the majority of the ruling party may modify its council advice. An electoral system with the single-seat constituency system of the House of Representatives was introduced by the Diet in 1994. This system is advantageous to sitting members of the ruling party. The elimination of seats in its electoral district by reform means that members of the Diet lose the support of groups in their district.

A parliamentary system of government was adopted into the Japanese Constitution in 1947, which was strongly influenced by the Allied Powers. Although the Constitution does not state that the prime minister can dissolve the House of Representatives, this occurred in a landmark precedent, the *Tomabechi* case in 1960. Constitutional scholars argue that in some cases, the House of Representatives was dissolved without solving pertinent political issues for the Japanese people. The *Tomabechi* case requires further research by Japanese Constitutional law scholars.

The Japanese Supreme Court might have adopted a different judicial review system in cases of election of the Diet. Japanese judicial review requires disputes on matters of law to be brought to court. The Public Officer Election Act provides exceptions that allow voters to argue that an election is null and void. Recently, some lower courts have changed

· Yuichiro Tsuji, Associate Professor at the Graduate School of Humanities and Social Sciences (legal major and international regional studies major) at the University of Tsukuba. J.S.D University of California, Berkeley (2006). LL.M. University of California, Berkeley (2005). Master of Law, Kyoto University. This paper was draft on 13rd, August in 2016 for Law & Society in Asia : Defining and Advancing the Field of ALSA (the Asian Law and Society Association) conference in National University of Singapore on 22&23, September in 2016. I thank all the people who worked and attended this symposium.

their approach to voting on value disparity cases, and have held these cases to be unconstitutional without using the unconstitutional state doctrine. The Supreme Court might change in the future as a result of discussions among Japanese constitutional law scholars.

The purpose of this paper is to initiate domestic discussion among Japanese constitutional law scholars regarding vote value disparity and judicial review in Japan.

I. The constitutional drafting period and organization of the current Diet

1. The amendment of the Meiji Constitution

The Japanese Constitution was amended from the Meiji Constitution, the Constitution of the Empire of Japan. Accepting the Potsdam Declaration issued on July 26, 1945, or the Proclamation Defining Terms for Japanese Surrender, the Meiji government surrendered and was subjected to the will of the General Headquarters (GHQ). The General of the United States army, MacArthur Douglas, was the Supreme Commander for the Allied Powers.

MacArthur ordered the Joji Matsumoto Committee to draft the new Constitution. On February 1, 1945, the Mainichi newspaper published its draft, which surprised MacArthur, as it still remained a conventional constitution with only minor changes.

MacArthur thus ordered the drafting of a new constitution with three principles[1] and established a task force on February 3, 1946. [2] The GHQ submitted the draft of the new constitution. Just before February 8, 1946, the Matsumoto Committee submitted his draft to the GHQ, called *the Tentative Revision of the Constitution*, with his supplementary explanations.[3]

Matsumoto prepared two types of drafts. The submitted draft provided that the Emperor was the head of the state, and could dissolve the House of Representatives. The Em-

---

[1] Yuichiro Tsuji, *Article 9 and the History of Japan's Judiciary: Examining Its Likeness to American and German Courts*, 68 Tsukuba Journal of Law and Politics _ (2016).
The origin and history of the Japanese Constitution in English. Birth of the Constitution of Japan [English].< http://www.ndl.go.jp/constitution/e/index.html >. (last visited on February 26, 2016).
JOHN HALEY, *THE SPIRIT OF JAPANESE LAW* 177 (University of Georgia Press 2006).
Mark Ramseyer & Eric Rasmusen, *MEASURING JUDICIAL INDEPENDENCE:: THE POLITICAL ECONOMY OF JUDGIUNG IN JAPAN* 21 (University of Chicago Press, 2003). Ramseyer showed LDP control over the General Secretary of the Supreme Court in malapportionment cases before judicial reform in 1990s.
Hideo Tanaka, *A History of the Constitution of Japan of 1946*, HIDEO TANAKA & MALCOM SMITH, THE JAPANESE LEGAL SYSTEM 653-(University of Tokyo Press 1976).
Lawrence Beer, *Peace in Theory and Practice under Article 9 of Japan's Constitution,* 81 Marquette Law Review 81 (1998).

[2] I. The Emperor is the head of the State and his succession is dynastic. His duties and powers will be exercised in accordance with the constitution and he is responsible to the basic will of the people as provided therein.
II. War as a sovereign right of the nation is abolished. Japan renounces it as an instrumentality for settling its disputes and even for preserving its own security. It relies upon the higher ideals that are now stirring the world for its defense and its protection. No Japanese army, navy, or air force will ever be authorized and no right to the belligerence will ever be conferred upon any Japanese force.
III. The feudal system of Japan will cease. No rights of peerage except those of the Imperial Family will extend beyond the limits of those now existent.
No patent of nobility will from this time forth embody within itself any national or civic power of government. The budget will be modeled after the British system.

[3] Prof. Toshiyoshi Miyazawa at Tokyo University helped Matsumoto with the constitutional draft.

peror was prohibited from dissolving the House of Representatives twice on the same grounds. Furthermore, the draft proposed two houses for the Diet.

The Matsumoto Committee draft was rejected on February 13, 1945, and the GHQ showed its draft to the Japanese government. The Japanese government and the GHQ worked together to amend the draft from February 27 to April 17 as the Draft for a Revised Constitution.

MacArthur's draft on February 12 provided that the Emperor was a symbol of the Japanese people, and "[T]he Diet shall consist of *one* house of elected representatives with a membership of not less than 300, nor more than 500."[4]

The current Japanese Constitution outlines two houses in its parliament, or the Diet, as it's called in Japan: the House of Representatives and the House of Councillors.[5] The main result of MacArthur's draft was the abolishment of the Emperor's sovereignty and the House of Peers. The Japanese government proposed the idea of a bicameral legislature. However, the GHQ objected to two houses since Japan did not have a federal system, stating "disputes would arise over the weight of authority between the two houses."[6] Nevertheless, the Japanese persuaded the GHQ, and two houses were established in the Draft for a Revised Constitution (March 6 draft) in 1946. The House of Councillors was created to mitigate the decision-making power of the lower house. However, clear divisions and differences between the House of Councillors and the lower house were not clearly stipulated in the Japanese Constitution.[7]

2. General elections under the Meiji Constitution and the current Diet

Voting rights were granted to men in 1925 under the Meiji Constitution; women's suffrage was provided by the revised House of Representatives Election Law and a general election was held on April 10, 1946. Imperial parliament under the Meiji Constitution was opened on May 16, 1946. Thus, this election had implications for the drafting of the new Japanese Constitution.

The Imperial Parliament deliberated the draft of the Japanese Constitution. It passed the House of Representatives and the House of Peers. During this plenary session, a small committee made several modifications. This Constitution adopted the three principles suggested by MacArthur. The Japanese Constitution was promulgated on November 3, 1946, and came into force on May 3, 1947.

---

[4] Yuichiro, *supra* note 1.

[5] NIHONKOKU KENPO [KENPO][CONSTITUTION], Art.42. The Diet shall consist of two Houses, namely the House of Representatives and the House of Councillors.

[6] Yuichiro, *supra* note 1. See also, The origin and history of the Japanese Constitution. Birth of the Constitution of Japan [English]. < http://www.ndl.go.jp/constitution/e/index.html >. (Last visited on 26 March, 2016).

" Milo E. Rowell, Judicial Affairs Officer in Government Section, GHQ, indicated in "Report of preliminary studies and recommendations of the Japanese Constitution." The comment of [Report of preliminary studies and recommendations of the Japanese Constitution] that either a unicameral or bicameral legislature would be acceptable, as long as all the legislators were elected. On top of that, the U.S. Government also recommended that the legislative body be fully representative of the electorate in Reform of the Japanese Governmental System (SWNCC 228). The comment of [Reform of the Japanese Governmental System (SWNCC 228) comment], sent to MacArthur for his "information."

[7] Kazuhiko Kato, *Sangi-in no Isikika sareta Genzo Keisei [Die Quellenbilddungen vom Sangi-in (Oberhaus / the House of Councillors) nach Art.42. in der japanischen Verfassung],* 30 Tokyo Keizai Law Review 199 (2016).

The Japanese government submitted two drafts on March 2 and March 5 in 1946, both of which named the Emperor as the symbol of the nation, and proposed two Houses in the Diet.[8]

Article 43(2) of the Japanese Constitution states "[B]oth Houses shall consist of elected members, representative of all the people. The number of the members of each House shall be fixed by law." The number of both Houses was established in the Public Officer Election Act [*Koushoku Senkyo Hou*]. Article 4 of the Public Officer Election Act[9] stated that the total number of seats in the House of Representatives was 475, and that of the House of Councillors was 242.[10]

Article 45 of the Japanese Constitution[11] states that the term of office for the House of Representatives is 4 years, and 6 years for the House of Councillors. Article 46[12] of the Japanese Constitution stipulates that an election for half the members shall take place once every three years. The Public Officer Election Act was amended in 2015, and the suffrage age was changed to 18 years old beginning from the July, 2016 election for the House of Councillors.[13] Article 10 of the Public Officer Election Act provides that a person of 25 years of age or older may run as a candidate to become a member of the House of Representatives, and 30 years of age or older for the House of Councillors.[14] The reason for a 5-year difference between the two Houses is not clearly stated in the Japanese Constitution, nor is the unique function of the House of Councillors.

II. Electoral system

1. The Tomabechi case and the House of Representatives

The House of Representatives adopted an electoral system comprised of single-seat constituencies and proportionally represented, multiple-seat constituencies (*Shou Senkyoku Hirei Daihyou Heiritsu*).[15] A total of 290 members were selected from single-seat constituencies as of 2016.[16] The voter states one candidate's name on the ballot paper at the polling place for a single-seat constituency (*Shou Senkyoku*). The remaining 180 members are selected from proportionally represented, multiple-seat constituencies (*Hireidaihyou*).[17] Japan is divided into 11 districts, and voters state the name of a political party on the ballot paper. The list is submitted by the political party beforehand, and this decides the elected representatives from the top name of the list (*Kousoku*).

---

[8] Some private drafts written for the Japanese Constitution suggested a presidential system and the abolishment of the Emperor, such as that written by the leader of the Constitution Investigation Association, Iwasaburo Takano. Takano wrote his own draft of the Constitution in which he proposed a presidential system with two Houses in the Diet and the elimination of the Emperor system. At that time, the abolishment of Emperor was a very sensitive issue.

[9] Koshoku Senkyo Hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 60 of 2015, Art.4. (Japan).

[10] *See id.* Art. 4.

[11] NIHONKOKU KENPO [KENPO][CONSTITUTION], Art.45. The term of office of members of the House of Representatives shall be four years. However, the term shall be terminated before the full term is up in case the House of Representatives is dissolved.

[12] *Id.* Art. 46. The term of office of members of the House of Councillors shall be six years, and election for half the members shall take place every three years.

[13] Koshoku Senkyo Hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 60 of 2015, Art.9 (Japan).

[14] *See id.* Art. 10.

[15] *Id.* Art. 12.

[16] *Id.* Art. 12, 13, Appendix 2.

[17] *Id.* Art. 13 (2), Appendix 2.

In the allocation of parliamentary seats in a proportional representation system, the d'Hondt formula was used.[18]

The House of Representatives may be dissolved by a non-confidence resolution against the cabinet under Article 69[19] of the Japanese Constitution. The Japanese Constitution has a parliamentary system. Although the core of the parliamentary system is not clear,[20] the cabinet and legislature are expected to work together.[21] The cabinet stands on the confidence of the legislature. Article 69 of the Constitution stipulates that the House of Representatives must pass a non-confidence resolution, or reject a confidence resolution; the Cabinet shall resign en masse, unless the House of Representatives is dissolved within 10 days. In the case of dissolution, all members of the House of Representatives lose their office and must run for the next general election.

Impliedly, Article 7[22] of the Japanese Constitution has been used by the cabinet to dissolve the House of Representatives. Chapter I of the Japanese Constitution outlines the role of the Emperor. Under the Japanese Constitution, sovereignty belongs to the people of Japan, not the Emperor. The Emperor's role is ritual and formal without any political authority. Each paragraph of Article 7 provides that the Emperor acts in matters of the state on behalf of the people. These acts shall be performed with the advice and approval of the cabinet.[23]

Paragraph 3 of Article 7 of the Constitution deals with the dissolution of the House of Representatives. The cabinet has used this Article to dissolve the House of Representatives even in cases without a non-confidence resolution. Under the Japanese parliamentary system, the prime minister is also usually the head of the political party that has the majority of seats in the Diet.[24] The Japanese prime minister is selected from the members of each House of the Diet, according to Article 67[25] of the Constitution. However, according to convention, the prime minister has usually been selected from the House of Representatives, not the Councillors, as the House of Representatives is more popular among voters, as it can be dissolved and the term of office is shorter.[26]

---

[18] Koshoku Senkyo Hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 60 of 2015, Art. 95(2) (Japan).

[19] NIHONKOKU KENPO [KENPO][CONSTITUTION], Art.69. If the House of Representatives passes a non-confidence resolution, or rejects a confidence resolution, the Cabinet shall resign en masse, unless the House of Representatives is dissolved within 10 days.

[20] One position understands that in the parliamentary system, the cabinet and the parliament oppose each other equally. The other position understands that the cabinet stands on the trust of the parliament, and both work together. This difference in positions on the parliamentary system would lead the cabinet's power to dissolve the House of Representatives.
Kazuiki Takahashi, *Kokumin Naikaku sei Sairon* [Nation Cabinet again, vol.2] 1137 Jurist 93-95 (1998).

[21] KOJI SATO, *KENPO* [Constitution] 476- (Seibundo 2011) [hereinafter *KOJI SATO*].

[22] NIHONKOKU KENPO[KENPO][CONSTITUTION], Art.7(3). The Emperor, with the advice and approval of the Cabinet, shall perform the following act in matters of state on behalf of the people: dissolution of the House of Representatives.

[23] *Id.*

[24] In Japanese political history, the prime minister was selected from the coalition parties. In this case, the prime minister was not head of the party that occupied the majority in the House of Representatives.

[25] NIHONKOKU KENPO[KENPO][CONSTITUTION], Art.67. The prime minister shall be designated from among the members of the Diet by a resolution of the Diet. This designation shall precede all other business.

[26] TOSHIHIKO NONAKA, MUTSUO NAKAMURA, KAZUYUKI TAKAHASHI, KATSUTOSHI TAKAMI, *KENPO II* [Constitution II] 180 (Yuhikaku 2012). [hereinafter *NONAKA ET AL.II*].
Katsutoshi Takami, Kono Kuni no Katachi no Henkaku to Giin Naikakusei no Yukue [The Reform of system of our country and future of parliamentary system] 63 Koho Kenkyu 3 (2000).

Interpretation of Article 7 on dissolution is based on the well-known *Tomabechi* case. The third Shigeru Yoshida cabinet dissolved the House of Representatives using Article 7 in August, 1952. Concluding the San Francisco Treaty[27] in 1951, the occupation of the GHQ was completed. Those who were exiled from public offices by the GHQ returned to the government. One of those exiled was Ichiro Hatoyama, a political rival of Yoshida in the Liberal Party,[28] who demanded the resignation of Shigeru Yoshida's cabinet.[29] Yoshida dissolved the Cabinet on August 28, 1952; this decision was secretly decided by a small group, who aimed to prepare for the election in order to oppose Hatoyama. This is called a surprising unannounced dissolution (*Nukiuchi Kaisan*).

Gizo Tomabechi, a member of the House of Representatives and of the National Democratic Party, lost seats in this election.[30] He took legal action arguing that the dissolution based on Article 7 was null and void without Article 69. The Supreme Court[31] denied Tomabechi's appeal.[32] It held that its dissolution was too political and outside the jurisdiction of the judiciary. This is called a political question theory in Japan (*Touchi Koui*). The three opinions explained that the judiciary could review the dissolution, and in 1952, the dissolution became legal and effective.

Justice Katsushige Kotani, joined by Kenichi Okuno, believed that the dissolution was under judicial review. Dissolution by Article 7 was a political action that was transformed by cabinet advice and approval into ritual conduct of the Emperor. The district court approved the advice and approval of the cabinet; thus, the dissolution was constitutionally effective.

Justice Daisuke Kawamura noted that an intrinsic limitation of the judiciary theory was against Article 81[33] of the Constitution. The judiciary's mission is to protect people's rights, and should not refrain from judicial review in the name of abstaining or for overly political concerns. In this case, Article 7 granted the cabinet the power to dissolve the House of Representatives. The advice and approval provided in Article 7 is indistinguishable. In this case, the advice and approval was legal and effective.

Justice Shuichi Ishida noted two issues in this case. One was that the cabinet could dissolve the Diet, which was outside of the judiciary's jurisdiction. The other was the advice and approval of the cabinet, which was under judicial review.

There are several differences between the cases of *Tomabechi* and *Sunagawa,*[34] the latter of which occurred 6 months before *Tomabechi*. Sunagawa used the political question theory

---

[27] Treaty of Peace with Japan (Sept. 8, 1951).

[28] The Liberal Democratic Party in Japan was formed in 1955.

[29] Yoshida and Hatoyama promised that Yoshida would hand over leadership of the Liberal Party to Hatoyama in 1946 when he was purged by the GHQ.

[30] Tomabechi was a member of the group that went to sign the San Francisco Treaty in 1951. It took effect in 1952. Article 7 dissolution was

[31] Saiko Saibansho [Sup. Ct] June 8, 1960, Showa 30(0) no.96, 14(7) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Minshu] 1206 (Japan).

[32] The Tokyo district court held that dissolution without advice and consent of the cabinet was unconstitutionally null and void. Tokyo Chiho Saibansho [Tokyo Dist.Ct.] October 19, 1953, Showa 27 (Gyou) no. 156, 14(7) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Minshu] 1251 (Japan).
The Tokyo high court held that the cabinet advised the dissolution, which was constitutional.
Tokyo Koto Saibansho [Tokyo High Ct.] September 22, 1954, Showa 28 (ne) no. 2010.
14(7) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Minshu] 1265 (Japan).

[33] NIHONKOKU KENPO [KENPO][CONSTITUTION], Art.81.The Supreme Court is the court of last resort with power to determine the constitutionality of any law, order, regulation, or official act.

[34] Saiko Saibansho [Sup. Ct] Dec. 16, 1959, Showa 34(a) no.710, 13 Saiko Saibansho Keiji Hanreishu [Keishu] 3225.

for the defense and security treaty[35] concluded between Japan and the United States in September 1951.[36]

First, the *Tomabechi* case's justification for the Article 7 dissolution relied on legislative discretion. Second, the words "clearly obvious unconstitutionality or invalidity" in *Sunagawa* were not used in *Tomabechi*.[37] It is not clear what factors were used to determine something to be an example of "clearly obvious unconstitutionality or invalidity". Thus, the political question theory might not be required in *Tomabechi*, for the judiciary to review the dissolution by the cabinet.

Second, the political question doctrine in the *Tomabechi* case was doubtful. The Supreme Court could have used the autonomy and discretion of the cabinet decision because the political question doctrine is not provided in text of the Japanese Constitution. It is based on the people's intrinsic sovereignty, but its scope should be clearly limited.[38]

Nobuyoshi Ashibe noted several conditions for dissolution by the cabinet.[39] First, an important bill submitted by the cabinet is not passed in parliament, or the cabinet shelves the bill. Second, the fundamental nature of the cabinet is changed by political realignment. Third, there is a need to deal with new important issues that have not arisen in the general elections. Fourth, the cabinet changes its fundamental policy drastically. Fifth, the term of the members of the House of Representatives is nearly complete, in which case arbitrary dissolution is prohibited.[40]

Koji Sato believes that acts based on Article 7 are political, which are transformed into ritual through cabinet decision. He agreed with Ashibe that arbitrary dissolution by the cabinet should be limited, and the question of whether dissolution based on Article 7 is justified depends on the cabinet decision.[41] Both agree that the constituent body should review its dissolution by voting under the name of the people's sovereignty.

2. Reform of the House of Representatives

In 1984, the elections to the House of Representatives used to be based on an electoral district system called a "medium" electoral district system (*Chu Senkyo Ku*), beginning in the Meiji Constitution period. The name "medium" was used in Japan, but it is the major constituency system that chooses three to five representatives in one constituency. The constituency was fixed by the size of the population and the geographical size in the Meiji Constitution period. The first general election in 1947 utilized the major constituency system, the medium electoral district system for the new Japanese Constitution.

---

[35] Kyu Nihonkoku to Amerika Gasshukoku to no aidano anzen hoshou jouyaku [The old security treaty between Japan and the United States], Japan-U.S., 28 April 1952, Treaty no. 6, 1952.

[36] Yuichiro Tsuji, *Constitutional Court in Japan*, 66 Tsukuba Journal of Law and Politics 65, 84-(2016). See also, Taisuke Kamata, *Adjudication and the Governing Process; Political Questions and Legislative Discretion*, PERCY LUNEY AND KAZUYUKI TAKAHASHI, *JAPANESE CONSTITUTIONAL LAW* 156-157 (University of Tokyo Press 1993).

[37] *NONAKA ET AL.II, supra* note 26, at 280-.
KOJI SATO, *supra* note *21, at* 641-.

[38] *NONAKA ET AL.II , supra* note 26, at 18.
NOBUYOSHI ASHIBE, *KENPO 6th EDITION,* [Constitution 6th edition] 42 (Iwanami Shoten 2015). This book is still being edited by Prof. Kazuyuki Takahashi after Prof. Ashibe passed away.

[39] *Ashibe*, *supra* note 38, at 335. Sato thinks it is problematic that the cabinet decision is beyond judicial review. *KOJI SATO*, *supra* note 21, at 497.

[40] Yuichiro Tsuji, *Amendment of the Japanese Constitution A Comparative Law Approach,* 37 Nanzan Review of American Studies 51 (2015).

[41] *KOJI SATO*, *supra* note 21, at 452,477,503,519.

The allocation of members was based on the population at that time. The Public Officer Election Act provided that the allocation would be looked over by the national census every 5 years.[42] The allocation system was not overhauled; however, partial adjustments were made several times.

In 1994, the medium electoral district system was changed to an electoral system comprised of single-seat constituencies (*Shou Senkyoku*) and proportionally represented, multiple-seat constituencies (*Hirei Daihyo*). The election in 1996 introduced the current system.[43]

The Japanese Constitution has not provided clear details outlining the electoral districts and methods for election. Article 14[44] of the Constitution provides equal protection under the law, and Article 44[45] prohibits discrimination based on race, creed, sex, social status, family origin, education, property, or income in order to qualify as a member of both Houses and their electors. Japanese Constitutional scholars believe that the one vote per person principle and equality are requirements of the Constitution.[46]

The district-fixing council[47] (*Senkyo Kukaku Shingi Iinnkai*) for the House of Representatives was established under the cabinet office. The seven members are chosen from among experts, and their job is to advise the prime minister. Based on this advice, the government may submit a bill to parliament to amend the Public Officer Election Act, based on Article 72[48] of the Constitution.

The district-fixing council is not included in the Constitution, and its opinion is advisory with no binding power; that is to say that its advice does not bind the cabinet. The council's autonomy to fix the electoral districts might be constitutionally required if the judiciary declares that voting disparity has been unequal under unconstitutional conditions or states (*Iken-Joutai*).[49] The Supreme Court may reflect the council's importance in writing its *Iken-Jotai* decisions.

The choice of this electoral system contains both advantages and disadvantages. In constitutional law studies in Japan, this issue is reviewed in terms of the relationship between voters and representatives. This issue is reviewed in Chapter III.

---

[42] Koshoku Senkyo Hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 60 of 2015, Art. 203, 204 (Japan).

[43] SHIGENORI MATSUI, *KENPO [Constitution of Japan]* 49- (Yuhikaku 2007).

[44] NIHONKOKU KENPO [KENPO][CONSTITUTION], Art.14. All of the people are equal under the law and there shall be no discrimination in political, economic, or social relations because of race, creed, sex, social status, or family origin.

[45] *See id.* Art. 44. The qualifications of members of both Houses and their electors shall be fixed by law. However, there shall be no discrimination because of race, creed, sex, social status, family origin, education, property, or income.

[46] *NONAKA ET AL.II , supra* note 26, at 18-. See also, Ashibe, *supra* note 38, at 42.

[47] Shugin Giin Senkyoku Kakutei Shingikai Sechi Hou [The Act for electoral district-fixing committee for the House of Representatives], Law No. 95 of 2012 (Japan).

[48] NIHONKOKU KENPO [KENPO][CONSTITUTION], Art.72. The Prime Minister, representing the Cabinet, submits bills, reports on general national affairs and foreign relations to the Diet, and exercises control and supervision over various administrative branches.

[49] Hidenori Tomatsu, *Equal Protection of the Law*, PERCY LUNEY AND KAZUYUKI TAKAHASHI, *JAPANESE CONSTITUTIONAL LAW* 195 (University of Tokyo Press 1993). Tomatsu translated Iken Joutai to circumstances decision.

JOHN HALEY, *THE SPIRIT OF JAPANESE LAW* 182 (University of Georgia Press 2006). John Haley argues that " the Japanese judiciary may seem in these cases weak and impotent".

3.The purpose of the House of Councilors

The bicameral system in Japan means that the two Houses of the Diet manage their business independently and equally. During the drafting of the Japanese Constitution, the Japanese government explained to the GHQ that an upper House would prevent arbitrary parliamentary decision-making by the lower House, and "a change in government to a unicameral system might pose the threat of radical shifts in government policy, and a bicameral system would promote stability and continuity in government policies."[50] Japanese Constitutional law scholars explain further that the House of Councillors prevents hasty decision-making by the House of Representatives, and mitigates collision between the House of Representatives and the cabinet. By using two different voting systems in two Houses, various opinions are reflected in parliament. However, as the power of political party was strong, the House of Councillors has been criticized as being a copy of the House of Representatives, with no unique function.

When the two Houses collided in four cases, the decision of the House of Representatives was deemed superior to that of the House of Councillors, in matters related to bills, treaties, budgeting, and the nomination of the prime minister. The purpose of these specific conditions in the Japanese Constitution is to promote the decision-making power of the Diet. In addition, the House of Representatives is closer to the voters, and a stable and strong cabinet is maintained.

The House of Councillors does not have a "general" election, in that only half of the members are selected every 3 years. Thus, 121 councilors are selected every 3 years. Out of 242 members, 96 members are selected through proportional representation, which covers all territories in Japan. On ballot papers, voters state the name of the candidate, or the name of the political party. The election system, called the Electoral District System (*Senkyoku-Senkyo*), selects the remaining 146 members (73 seats every 3 years) of the House of Councillors. Unlike the proportionally representative election of the House of Representatives, the fixed list of candidate names is not prepared by the political party. It is called *Hi-Kousoku Meibo* in Japanese. In the proportionally representative election (*Hirei Daihyo*),[51] 96 seats (48 seats every 3 years) are given, and voters can choose to write the name of the candidate or the political party. Two routes are used to decide the chosen representatives.

First, the political party obtains votes with the name of the party and the name of party's candidate. Then, the number of the seats the party acquires is fixed.

Second, the ballot papers received by each candidate are counted. The candidate name list is then prepared and ordered according to those who obtain the most votes. It is not prepared beforehand. The allocation follows the d'Hondt formula.[52]

It has been controversial whether the House of Councillors is regionally representative. The drafting history of the Japanese Constitution does not show clear evidence of efforts to have Japanese regional differences reflected in the House of Councillors.

Koji Sato is concerned[53] about the extensive influence of the House of Councillors in parliament; the Houses of the Diet are controlled by opposing parties (*Nejire Kokkai*). In the Japanese parliamentary system, the prime minister is selected from the House of Representatives after dissolution. When the majority of the members of the House of Councillors are from opposite parties, the prime minister must uphold public commitments. He

[50] *supra* note 1.
[51] Koshoku Senkyo Hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 60 of 2015, Art.12 (Japan).
[52] *Id.* Art. 86(3) (Japan).
[53] *KOJI SATO*, *supra* note 21, at 439-444.

emphasizes effective management of the Conference Committee of both Houses (*Ryouin Kyougi Kai*).[54]

Sato explains that the core of the parliamentary system varies from time to time and country to country, and the constituent body shall be centralized in the Japanese parliamentary system; the parliament and cabinet seek support from the constituent body under the people's sovereignty.[55]

Kazuyuki Takahashi explains that the single constituency system expects two large political parties in the Diet; the Diet and the cabinet are equally in conflict with each other, as the parliamentary motion of non-confidence against the cabinet and the dissolution of the House of Representatives by the cabinet leave no reservation. In addition, parliament and the cabinet engage the will of the voters. Both parliament and the cabinet have the "weapons" to destroy each other in general elections. In the worst scenario, both reflect the voters' will.[56]

Toshiyuki Munesue explains two characteristics of the Japanese parliamentary system. One is that the House of Representatives is in equal conflict with the cabinet as an Article 7 dissolution asks for the voter's judgment in general elections; and the House of Representatives review "conducts affairs of state" and shape higher policies by the cabinet in Article 73(1).[57] Second, the House of Councillors should seek cabinet accountability for the "faithful administration of law" in Article 73(1), and cooperate and work together with the cabinet.[58]

4. Reform of the House of Councillors

The current electoral system was adopted in 1982 and 1994 by the amended Political Officer Election Act. From 1947 to 1982, the election for the House of Councillors has utilized a national constituency electoral system (*Zenkoku Ku*) in all territories of Japan as one electoral zone for 100 members. Its purpose was once explained in 1947 that occupational ability must be reflected.[59]

Japanese Constitutional scholars explain that a candidate can become a representative of the territories of Japan[60] once he or she has been chosen under Article 43 of the Japanese Constitution. Campaign spending by candidates for the House of Councillors under the system of *Zenkoku Ku* was excessive and criticized.[61]

---

[54] Kokkai Hou [The Diet Act] Law No. 86 of 2014, Art 83(2)- (Japan).

[55] *KOJI SATO*, *supra* note 21, at 439.475-479.

[56] KAZYUKI TAKAHASHI, *RIKKENSHUGI TO NIHONKOKUKENPO* [Constitutionalism and the Constitution of Japan] 320 (Yuhikaku 2013).

Kazuyuki Takahashi, *Contemporary Democracy in a Parliamentary System*, PERCY LUNEY AND KAZUYUKI TAKAHASHI, *JAPANESE CONSTITUTIONAL LAW* 87- (University of Tokyo Press 1993). He focuses on party behavior in parliamentary system.

NONAKA ET AL.II, supra note 26, at 172-173.

[57] NIHONKOKU KENPO [KENPO][CONSTITUTION], Art.73(1). Article 73. The Cabinet, in addition to other general administrative functions, shall perform the following functions: administer the law faithfully; conduct affairs of state.

[58] Toshiyuki Munesue, *Niin Sei no Igi narabini Sangiin no dokujisei* [Meaning of bicameral system and uniqueness of the House of Councillors], Reference 1- 19 (2015 April).

[59] In drafting history, Tetsu Katayama, leader of the Japanese Socialist Party, which drafted its own Japanese Constitution, noted the House of Councillors aims to reflect occupations.

[60] NIHONKOKU KENPO [KENPO][CONSTITUTION], Art.43. Both Houses shall consist of elected members, representative of all the people.

[61] *NONAKA ET AL.II, supra* note 26, at 46,47.

The Constitutional Research Committee (*Kenpo Chousa Kai*), established in 1956, argued that the two Houses of the Diet should be maintained and the character and organization of the House of Councillors was discussed. Since 1946, private committees have submitted advisory opinions to the cabinet.

Originally, the members of the House of Councillors were expected to be specialists such as university professors or vocational representatives. The House of Councillors used to be the House of Lords under the Meiji Constitution. Under the new Japanese Constitution, labor unions, religious organizations, and interest groups could send candidates with huge financial backing, and celebrities had an advantage even though their representatives were sparse and living remotely. Regional and vocational representatives in the House of Councillors are now decreasing due to political party domination.

In this election, 50 members were selected to be representatives. This system adopted the single, non-transferable vote in which voters could write only the name of a single candidate. Extra votes were wasted.

From 1983 to 1988, the House of Councillors started using proportional representation with a fixed name list (*Kousoku Siki Hirei Daihyo*). This changed into a non-fixed list (*Hi-Kousoku Meibo*) beginning with the 2001 election. The number of seats was changed in 1994, 2000, 2006, and 2015 by amending the Public Officer Election Act.[62]

For the 2016 election of the House of Councillors, two seats in Shimane and two seats in Tottori were combined and reduced to just two seats for the single district of Shimane and Tottori prefectures. Two seats in Tokushima and two seats in Kochi were combined and reduced to just two seats as one district of Tokushima and Kochi prefectures. Hokkaido, Tokyo, Aichi, Hyogo, and Fukuoka prefectures increased by two seats each. Miyagi, Niigata, and Nagano prefectures decreased by two seats each. Two seats were also removed from Niigata, Miyagi, and Nagano prefectures.[63]

The Conference of Reforming the House of Councillors (*Sangiin Kaikaku Kyogikai*) has discussed reform of the electoral system since 2005. One of several proposals advocated reform of the Electoral District System (*Senkyoku-Senkyo*) in 2005. Its purpose was to prevent voting disparity four times. The Diet did not agree, and accepted an alternative proposal, which advocates four plus four minus seats.

III. Major decisions and judicial review

1. Japanese judicial review and elections

The Japanese Constitution has one chapter related to the judiciary, and clearly provides judicial review in Article 81[64] of the Constitution. Japanese judicial review is a substantive judicial review, which is exercised in all legal disputes, not an abstract review without disputes in matters of law. The requirement is provided in Article 3 of the Court Act.[65] A plaintiff needs to prove the injury was in fact caused by the defendant, and is saved by the remedy of the court. This is called subjective litigation (*Shukan Soshou*).[66] The validity of an

[62] Koshoku Senkyo Hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 60 of 2015, Art.4 (Japan).
[63] *Id.* Art. 5-3 to 6.
[64] NIHONKOKU KENPO[KENPO][CONSTITUTION], Art.81.
[65] Saibansho hou [The Court Act], Law No. 48 of 2013. (Japan), Art.3(1). Courts shall, except as specifically provided for in the Constitution of Japan, decide all legal disputes, and have such other powers as are specifically provided for by law.
[66] Gyousei Jiken Soshou Hou [Administrative Case Litigation Act], Law No. 59 of 2015, Art. 8, 9, 39 (Japan).

election is not within the jurisdiction of subjective litigation because generalized grievances do not provide standing at the court.

The Japanese Constitution allows some exceptional litigation called objective litigation (*Kyakkan Soshou*) that does not require standing.[67] The purpose of objective litigation is to prevent illegal activity of the administrative agency and ensure that the administrative agency conforms to the law.[68] In Japan, people's litigation (*Minshu Soshou*, citizen action) [69] and litigation between agencies by statutes (*Kikan Soshou*, interagency action) fall under Article 5 and 6 of the Administrative Case Litigation Act, *Gyousei Jiken Soshou Hou*.[70] The people's litigation includes residential litigation (*Jumin Soshou*)[71] and electoral litigation (*Senkyo Soshou*). [72]

The Public Officer Election Act allows voters to bring suit over the validity of the election. A voter may bring suit to contest the validity of the election, which is provided in the Public Officer Election Act.

The purpose of this litigation is for the judiciary to intervene and correct the dysfunctional channel between the Diet and the people, and to protect voting rights under Articles 14 and 44 of the Japanese Constitution. The election sends the voter's message to the Diet.[73] The Supreme Court has held as unconstitutional the allocation of the number of members in the two Houses of the Diet several times.

2. The 2009, 2012, and 2014 decisions for the House of Councillors

In the 2009 decision[74] concerning the election of 2007 in relation to disparity in the House of Councillors, however, the Supreme Court accepted a 4.86 disparity.

In 2014, the Supreme Court held[75] that the election for the House of Councillors in July 2013 was unconstitutional (*Iken-Jotai*). In the July 2013 election, the disparity was 4.77 times between Hokkaido and Shimane prefectures in the Electoral District System (*Senkyoku-Senkyo*). The 2014 Supreme Court held that it was a remarkably unequal condition.

In the 2014 decision, only nine months after the prior election and the Diet discussions on reforming of electoral districts, the Supreme Court avoided declaring the system unconstitutionally null and void. The 2014 decision warned that the electoral district system based on prefectures should be revised, and expected the Diet to implement immediate re-

---

[67] *Id.* Art. 42.

[68] *NONAKA ET AL.II, supra* note 26, at 276,296.
KOJI SATO, *supra* note 21, at 585,587- .

[69] Gyousei Jiken Soshou Hou [Administrative Case Litigation Act], Law No. 59 of 2015, Art. 5 (Japan). The term 'citizen action' as used in this Act means an action seeking correction of an act conducted by an agency of the State or of a public entity which does not conform to laws, regulations, and rules, which is filed by a person based on his/her status as a voter or any other status that is irrelevant to his/her legal interest.

[70] *Id.* Art. 5, 6.

[71] Chihou Jichi hou [Local Autonomy Act], Law No.67 of 1947, Art.242-2.

[72] Koshoku senkyo hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 60 of 2015, Art.203, 204, 207, 211(Japan).

[73] *KOJI SATO*, *supra* note 21, at 587-590.*Ashibe*, *supra* note 38, at 339.

[74] Saiko Saibansho [Sup.Ct.] Sep. 30, 2009, Heisei 20 (gyo tsu) 209, 63(7) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Minshu] 1520 (2009).
In this case, Justice Tokiyasu Fujita wrote concurring opinion which reasonable time limit should not be used for excuse for legislative inaction.
TOKIYASU FUJITA, *SAIKOUSAI KAISOUROKU* [Memory of the Supreme Court] 301-306 (Yuhikaku 2012).

[75] Saiko Saibansho [Sup.Ct.] Nov. 26, 2014, Heisei 26 (gyo tsu) 155, 68(9) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Minshu] 1363 (2014).

form. The Supreme Court advised the Diet to consider integrating a revised plan for reform.

In 2012, the Supreme Court held as unconstitutional the electoral conditions of the House of Councillors in July 2010. The disparity was 5.0 times at the time of the election. The Supreme Court repeated *Iken-Jotai* twice in the two most recent elections for the House of Councillors, so that the 2012 and 2014 decisions encouraged reform of electoral system.

The text of the Japanese Constitution does not outline anything regarding the character of the House of Councillors in terms of the regional or prefectural representativeness of its members. The 2012 decision failed to properly represent regional prefectures, noting the population concentration in large cities and the large disparity in population was increasing; moreover, in an electoral district system based on regions or prefectures it is difficult to achieve voting equality.

Before the Diet revised the Public Officer Election Act, the Liberal Democratic Party (LDP) and the Democratic Party (Minshu)[76], the largest opposing parties, insisted that the regional representative system in the House of Councillors should be maintained. The Komeito Party and Ishin Party argued that electoral districts based on prefectures should be abolished, and regional districts should be newly established. These discussions point to the advantage of the electoral strategy of larger political parties.

3.The 2011, 2013, and 2015 decisions for the House of Representatives

In March 2011, the Supreme Court held that the 2009 election of the House of Representatives was unconstitutional, using *Iken-Jotai.* In the 2009 election, the disparity was a maximum of 2.30 in the election of a single-seat constituency system. In 2009, the LDP lost seats in the election of the House of Representatives, and the Democratic Party came to power. The 2011 decision considered 17 months after the Public Officer Elections Act was revised, and the advisory committee reviewed the electoral system, using the *Iken-Jotai* doctrine.

The 2011 decision was declared in order to keep the system called "*Hitori Betsuwaku Housiki,*" meaning one representative per prefecture regardless of its population. Since there are 300 single-seat constituencies in the House of Representatives, in this system, one representative is given to 47 prefectures, then 253 representatives are allocated as long as the disparity does not exceed 2.0 times. At that time, the total seats of the House of Representatives was 480.

The purpose of this system is to provide representatives to prefectures with small populations. This makes it more difficult for the legislature to dissolve disparity. For example, the population of Tottori prefecture is very small, but one seat was given. Tottori kept two seats by the *Hitori Betsuwaku* system.

In this 2011 decision, Justice Yuki Furuta noted the importance of regional opinion in the development of the country. *Hitori Betsuwaku* maintained reasonableness, and as compared with the precedent, the disparity in this case was still constitutional. According to Furuta, a reasonable time limit did not pass.

Justice Mutsuo Tabara wrote a dissenting opinion. He regarded *Hitori Betsuwaku* as unconstitutional because it did not reflect the voice and opinion of under populated areas.

[76] The Democratic party was dissolved in 2016, and the Minshin Tou (The Democratic Party) was established.

Even previous cases questioned the system; the legislature did not embark on reconsideration for revision of the electoral system, and a reasonable time limit had passed.

Justice Koji Miyagawa also wrote a dissenting opinion, and criticized *Hitori Betsuwaku*, which led to a disparity, and did not reflect the opinion of under populated regions. The decision should have been declared as an illegality of the election. If the Diet did not abolish it rapidly, the judiciary might declare future elections as unconstitutional.

After the 2011 decision, five seats of the House of Representatives were reduced by an amendment of the Public Officer Election Act from 480 to 475. Five prefectures, Yamanashi, Fukui, Tokushima, Kochi, and Saga prefectures, were reduced by one seat to create single-seat constituencies.

In the meantime, in 2012 the House of Councillors removed four seats and added four others. Fukushima and Gifu prefectures lost two seats, while Osaka and Kanagawa prefectures received two seats. The total number of seats is still 242.

The district-fixing council submitted advice for this reform.[77] Political compromise distorted its proposal. Originally, the council advised 21 reductions and 21 increases in the House of Representatives, but only a five-seat reduction plan was achieved. This reform did not take place in time for the December 2012 election of the House of Representatives, which Prime Minister Yoshihiko Noda dissolved by Article 7.

In November 2013, the Supreme Court announced as unconstitutional condition or situation in the election of 2012. Its disparity was 2.42. In December 2012, Prime Minister Yoshihiko Noda dissolved the House of Representatives by Article 7 immediately following discussion with Shinzo Abe, the head of the LDP. Shinzo Abe and Yoshihiko Noda agreed to reform the electoral districts after the election in December 2012. This was the issue that the Abe administration faced in the 2016 Diet. The 2013 decision did not declare the election as unconstitutional, but noted a small reservation. The legislature is obligated to follow the Supreme Court declaration as an unconstitutional state or condition.

In the 2015 decision for the 2014 election of the House of Representatives, the disparity was 2.12 times. One of the high courts declared this as unconstitutionally illegal,[78] and some high courts announced an unconstitutional state in March 2015.[79] The Supreme Court was asked to decide on a uniform decision for inferior courts.

In the 2015 decision, attorneys in favor of electoral reform argued that the majority decision under a distorted parliamentary electoral system is not the people's decision, and seats should be allocated by population exactly. The election management committee argued that designing an electoral system is under legislative discretion.

The 2015 decision avoided a clear unconstitutional announcement. *Hitori Betsuwaku* was abolished, and the five seats were reduced from 480 to 475. Following the national census, disparity should be under two times. The 2015 Court explained that even though the Diet removed five seats, in thirteen electoral districts disparity is over two times. It was

[77] Shugiin Giin Senkyoku Kakutei Singikai Secchi Hou [The Act for Electoral District-Fixing Committee for the House of Representatives], Law No. 95 of 2012, Art.5 (Japan). When the council advises the prime minister, it shall report to the Diet.

[78] Hiroshima Koto Saibansho, Okayama branch [Hiroshima High Ct.] March 26, 2013, Heisei 24(Gyo ke) No.6, D1-Law.com no.28214274.
Nagoya Koto Saibansho, Kanazawa branch [Nagoya High Ct.] March 18, 2015, Heisei 24 (Gyo ke) No.1, D1-Law.com no. 28210933.

[79] Fukuoka Koto Saibansho, Naha branch [Fukuoka High Ct.] March 26, 2015, Heisei 24(Gyo ke) No.1, D1-Law.com no. 28220585.
Tokyo Koto Saibansho [Tokyo High Ct.] March 6, 2015, Heisei 24 (wa) No.21, 2184 HANREI TAIMUZU [HANTA] 3.

thus still an unconstitutional state. The Court noted that following the 2011 decision for election of the House of Representatives in 2009, the legislature made some efforts. Only 17 months after the amendment of the Public Officer Election Act for a five-seat reduction, the reasonable time limit did not pass for legislature to correct it.

The revised, 2016 Public Officer Election Act will reduce the number of members in the House of Representatives from 475 to 465 in 2017. This reform confronted strong objection from members chosen from under populated regions where conservative parties have traditionally been supported. Political parties are influential in ushering in reform by overcoming internal opposition. The next challenge will be who will be the official candidate in the electoral district endorsed by major political parties. Despite these reforms, *Hitori Betsuwaku* will remain in part. By Adam's method, electoral regions will get at least one seat no matter how small the population is, due to a function of rounding up digits after the decimal point to form an integer.

IV. The representative and the voters

1. The mission of the representative

Under Article 43[80] of the Japanese Constitution, members of the Diet are "the representatives of *all* the people," not simply the representatives of their own electoral zones. Constitutionalism requires that the ruler and the ruled must match, and deliberation of the Diet must reflect the voices of minorities who are far removed from politics. [81]

Under the Meiji Constitution, the relationship between the voter and the representative was considered to be similar to a legal agent of the Civil Code, under which the representative reflected the voices of people with mental disabilities.[82] This opinion was criticized, as such people were regarded as defective or imperfect. During a democratic movement under the Meiji Constitution, called *the Taisho democracy*, some Constitutional scholars maintained that the purpose of the Imperial Parliament was to act as an agent of the people. The Supreme ruler was not the people, but the Emperor under the Meiji Constitution. The Meiji government banned some books and theories of Constitutional law scholars.[83]

Isao Sato explained that political representatives, following the notion provided by the 1791 French Constitution, were not legally bound by the voters. This idea reflected the ideas of the French Revolution, and is criticized as elitism.[84]

Nobuyoshi Ashibe[85] modified Isao Sato's idea. We, the people, work through political representatives, not legally, and such institutions politically reflect the will of the people. The representative works to consolidate various people's opinions. The opinions of the ru-

[80] NIHONKOKU KENPO[KENPO][CONSTITUTION], Art.43.
[81] Ashibe, *supra* note 38, at 42-43,292-294.
[82] TATSUKICHI MINOBE, *KENPO TEIYOU 5th EDITION* [Constitution, 5th edition] 345 (1932 Yuhikaku).
SOUICHI SASAKI, *NIHON KENPOU YOURON 3rd EDITION* [The main theory of Constitution 3rd edition] 424 (1933 Kanasashi Houryudou).
[83] The most famous case was prohibition of a book written by professor Minobe Tatsukichi at Tokyo University in 1935. He resigned a member of the House of Peers.
[84] ISAO SATO, *POKEET KENPO (Jou)* [Constitution, vol.1, revised] 14-15 (Yuhikaku 1983).
ISAO SATO, *POKEET KENPO (Ge)* [Pocket Constitution, vol.2]638 (Yuhikaku 1984).
NONAKA ET AL.II, supra note 26, at 56.
[85] NOBUYOSHI ASHIBE, *KENPO TO GIKAISEI* [Constitution and Parliamentary system] 409 (Tokyo university press 1971).

ler and the ruled, the people and the Diet, the voter and representative, collide in some cases.

Ashibe analyzed that in political representative systems, the people work through their representatives. The electoral body reflects the will of the people; the representative pluralistically combines the wills of the people. The opinion between the people and the legislature, the voter and the representative, and the ruler and the ruled usually conflict. The political representative sees the political process as a dynamic communication between the voters and the electoral body. The political representative understands that his work is based on his own beliefs, which nevertheless sounds elitist. In some cases, the will of the voter and that of the representative might successfully match.

Sociological representatives are similar to political representatives in that a sociological representative is independent of the will of the voters and the collective will of society, and social forces balance to be reflected accurately in the legislature.

Semi-representatives developed in France imported by Japanese Constitutional researchers[86] believe that it is better to reflect people's opinions in politics, which relates directly to democracy. It overlaps with sociological representation.

Influenced by French Constitutional studies, some Japanese Constitutional researchers understand the Japanese Constitution as a representation of "people power," as in the 1794 French Constitution. Some people approve the *mandat impératif*, the modification of the privilege of exemption from liability, and demand a recall system for representatives in the Japanese Constitution.

2. Political party control and discipline

The term "political party" was not included in the Japanese Constitution. The political party was protected under freedom of association stipulated in Article 21 of the Constitution. According to a classification made by Professor Heinrich Triepel, Japanese Constitutional scholars explain that the Japanese Constitution takes the third stage, legalization and control by statute, not having yet reached the fourth stage of constitutionalization.

The political party receives subsidies under the Political Party Funding Law (*Seito Josei Hou*). A political party comprising more than five members of the Diet is eligible to receive subsidies. Its resources are derived from taxes paid by the population based on the national census multiplying one politician by 250 yen.[87] The subsidy is subject to the number of members in a political party. The power of the political parties is stronger than individual representatives in terms of political campaigns. Although not written in the Japanese Constitution, Japanese scholars explain that representatives make public commitments to voters through political parties. Unlike the German Basic Law,[88] which includes parties in

[86] *Ashibe*, *supra* note 38, at 292-294.
MIYOKO TSUJIMURA, *SIMIN SHUKEN NO KANOUSEI* [Possibility of citizen sovereignty] 175-176 (Yushindo 2002).
Miyoko Tsujimura, *Note sur la theone du "mandat imperatif"*, 2(3) Hitotsubashi Kenkyu 78 (1977). Tsujimura develops people's sovereignty to citizen one.
YOUICHI HIGUCHI, *HIKAKU KENPO 3rd EDITION* [Comparative Constitution, 3rd edition] 475 (Seirin Shoin 1992).
Masahito Tadano, *The Right to vote and equality of value of vote*, Zenkoku Kenou Kenkyukai (2015).
[87] Seitou Josei Hou [Political Party Funding Law], Law No.69 of 2014, Art.7 (Japan).
[88] Basic Law for the Federal Republic of Germany (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland), Art. 21(Artikel 21).

its constitution, the conflict between representatives and parties does not occur so often except in the following case.[89]

A political party may require its members to adhere to party decisions. The representative selected through proportional representation is chosen under the name of their political party. The representative selected shall be the representative of the people under Article 43 of Japanese Constitution.[90]

The Diet Act and the Public Officer Election Act provide that the person selected by proportional representation in an election of the House of Representatives or Councillors, loses his or her seat when he or she changes the political party he or she belongs to.[91] However, the members elected through the electoral district system do not lose seats. Japanese Constitutional scholars question this provision as the will of the representative is neglected.[92]

V. *Iken-Jotai* doctrine in Japan

The Japanese Supreme Court has repeatedly used the *Iken-Jotai* doctrine since the Constitution was established. This doctrine might include several uniform characters for Constitutional analysis outside Japan.

1. The beginning of Iken-Jotai in a 1976 decision

In 1976, the Supreme Court held the allocation of the number of members in the House of Representatives as unconstitutional.[93] This was the beginning of the *Iken-Jotai* doctrine.

Equality under the law, Article 14 (1),[94] demands the equal value of votes. The allocation of members of the Houses of the Diet depends on the discretion of the legislature. As the Diet was beyond the reasonable judgment of equality, taking some circumstances into consideration, the Court held this as unconstitutional in 1976. In this case, the disparity of one to five (1 to 4.99) was unconstitutional under Article 14 of the Constitution.

The Supreme Court stated that even though it was unconstitutional, the outcome of the election would not be unconstitutional immediately. Exact equality was not feasible, and under Article 43 (2) and Article 47, electoral districts, methods of voting, and other matters pertaining to the method of election of members of both Houses would be fixed by law.

The appendix of the Public Officer Election Act provides allocation of the members of the Houses, and is inseparable from other provisions, and unconstitutional as a whole.

The factors to be considered included the existing achievement of the election, unity as an electoral district, administrative ward of municipalities, size of area, population density, resident configuration, transportation conditions, and geographical circumstances. It would be held unconstitutional if corrective action was not implemented within "a reasonable period."

---

[89] *NONAKA ET AL.II, supra* note 26, at 63.
[90] NIHONKOKU KENPO[KENPO][CONSTITUTION], Art.43.
[91] Kokkai hou [The Diet Act] Art. 109-2 (Japan).
Koshoku senkyo hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 60 of 2015. (Japan), Art.99-2 (Japan).
[92] *NONAKA ET AL.II, supra* note 26, at 64-66.
[93] Saiko Saibansho [Sup.Ct] April 14, 1976, Showa 49 (gyo tsu) no.75, 30 (3) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Minshu] 223.
[94] NIHONKOKU KENPO[KENPO][CONSTITUTION], Art.43.

The 1976 Court adopted for the first time the *Iken-Jotai* condition doctrine ruling by invoking Article 31(1)[95] of the Administrative Case Litigation Act in case of action for revocation of administrative decision. It is an application by analogy. It is called *Jijo Hanketsu*. The 1976 decision neglected that Article 219 of the Public Officer Election Act clearly prohibited application of Article 31(1) of the Administrative Case Litigation Act.

According to the Supreme Court, although Article 31(1) was prohibited from applying to the election litigation in Article 219 of the Public Officer Election Act,[96] by applying the fundamental principle implied in the Administrative Case Litigation Act, an unfair election outcome would be avoided.

Statutes ruled as unconstitutional were declared null and void. Members chosen by an unconstitutional election were non-members in the beginning. The statutes according to which this member joined would be questioned in terms of their effectiveness. The existence of members would be subject to public election suits in many districts.

Supremacy provision in Article 98 (2) of the Constitution did not allow this interpretation in cases that had such significant unconstitutional defects. Declaring this election unconstitutional did not correct the unconstitutional condition and unsuitable outcomes would arise.

In 1985, the Supreme Court held unconstitutional the disparity of the members of the House of Representatives under Article 14 and 44 of the Constitution. Its disparity was 1 to 4.40. Invoking the 1976 decision, the outcome of the election was unconstitutional, but held as valid.

The 1976 and 1985 decisions have raised several important issues. First, the 1976 and 1985 decisions illustrated several factors for judicial review, such as the existing achievement of elections, unity as an electoral district, the administrative wards of municipalities, sizes of areas, population density, resident configuration, transportation conditions, and geographical circumstances. It is not clear which factor was emphasized. The Supreme Court left some legislative discretion. The 1976 decision limited the wide discretion of the legislature, but later decisions might have endorsed a rather wide discretion.[97] These decisions illustrate the distress of the judiciary. Its decisions are based on the large rural-urban shift of population for economic growth in Japan.[98]

Second, the reasonable period is unclear. It encourages the Diet to implement a revision of the electoral district. The explanation is so vague that the legislature would only make small modifications and reforms, rather than drastic overhauls.

Committees in the Houses of the Diet act as advisory bodies, with no legal binding power over the legislature, which is the sole and "the highest organ of state power, and shall be the sole law-making organ of the State," under Article 41 of the Constitution.

---

[95] Gyousei Jiken Soshou Hou [Administrative Case Litigation Act], Law No. 59 of 2015 (Japan), Art.31 (Japan). In an action for the revocation of an administrative disposition, the court may dismiss a claim with prejudice on the merits in cases where the original administrative disposition or administrative disposition on appeal is illegal but the revocation thereof is likely to seriously affect public welfare, if the court, having considered the extent of any possible damage to be suffered by the plaintiff, the extent and method of compensation for or prevention of such damage and all other circumstances concerned, finds that the revocation of the original administrative disposition or administrative disposition on appeal is not in line with public welfare. In this case, the court shall declare the illegality of the original administrative disposition or administrative disposition on appeal in the main text of the judgment of dismissal.

[96] Koshoku Senkyo Hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 60 of 2015, Art.219 (Japan).

[97] Yasuyuki Watanabe, *Rippousha niyoru Seido Keisei to sono Genkai* [Die Ausgestaltung der Grundrechte und ihre Abgrenzung], 76(3)Hosei kenkyu or Journal of law and politics 249 (2009).

[98] John Maki, Pacifism, *Popular Sovereignty, and Human Rights*, PERCY LUNEY AND KAZUYUKI TAKAHASHI, *JAPANESE CONSTITUTIONAL LAW* 47 (University of Tokyo Press 1993).

Third, the representative may feel the duty to revise electoral districts in line with decisions made by the Supreme Court, but the political party is financially strong enough to influence candidates in campaigns, and the party may force its members to follow the party's decisions. The party may change its platform after an election, and some representatives may believe that this is a betrayal to voters.

Fourth, the existing electoral system works to the advantage of incumbents.[99]

Fifth, the prime minister's leadership advances reform of the electoral district. The leadership of the prime minister who is also head of the ruling party is strong. The national census is taken every 10 years,[100] and the district-fixing council of the House of Representatives uses this data.[101] Usually a revision of the number of members is based on its data.

After the national census in 2000, former prime minister Junichiro Koizumi followed a proposal of five plus five minus by the district-fixing council[102] of the House of Representatives, and submitted to the Diet a revision of the Public Officer Election Act. His leadership was effective.

In February 2016, in the budget committee in the House of Representatives, Yoshihiko Noda, the former prime minister who lost in the election of 2012, mentioned to Prime Minister Abe that electoral reform was a condition of the dissolution of the House of Representatives in December 2012, which Abe has not yet achieved. Abe answered that the reform should be achieved by the end of 2016. Several members of the LDP opposed Abe's answer, but his leadership went on for reform. This is because in the Japanese parliamentary system, the prime minister has the power to appoint a minister under Article 68 of the Constitution. This power will work for the prime minister's leadership unless a strong political faction prevents it inside the ruling political party.

Sixth, the district-fixing council is an autonomous third party panel, independent of the legislature. The autonomy of this council might be constitutionally required, and the Supreme Court may emphasize its constitutional importance in its decision before making a declaration of unconstitutionality. The composition of this council may lack legitimacy compared to the legislature chosen directly by voters.

Seventh, equality under Article 14 of the Japanese Constitution requires one to less than two disparities. Constitutional scholars believe that the judiciary is required to achieve this standard. Inferior courts in Japan have the power of judicial review under Article 81 in the National Police Reserve case in 1953.[103] Before the 2015 Supreme Court decision for voting disparity, some inferior courts rendered disparity as unconstitutional. The Hiroshima High Court held that its unconstitutional decision would take effect after a certain time. Usually unconstitutional decisions are retroactive. The Hiroshima High Court limited the scope of the unconstitutional decision in time base.[104]

The Supreme Court has a duty to render uniform decisions by examining inferior court decisions. Frustrated decisions by inferior courts might induce the Supreme Court to be more positive these days. By emphasizing the autonomy of the council to fix electoral

---

[99] *SHIGENORI MATSUI*, *supra* note 43, at 53. He focuses on limitation if the campaigning.

[100] Toukei Hou [Statistics Act], Law No. 53 of 2007, Art.2, 5, 8 (Japan).

[101] Shugiin Giin Senkyoku Kakutei Singikai Secchi hou [Law for establishment of electoral district-fixing council for the House of Representatives], Law No. 95 of 2012, Art.3 (Japan).

[102] Five plus and five minus, and reformed 68 electoral districts in 20 prefectures.

[103] Saiko Saibansho [Sup.Ct] Oct.8, 1952, Showa 27 (ma) no.23, 6 (9) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Minshu]783.

[104] Hiroshima Koto Saibansho [Hiroshima High Ct.] March 25, 2013, Heisei 24 (Gyo ke) no. 4, 2185 HANREIJIHOU [HANJI] 36.

districts in judiciary decisions, the Supreme Court still has room to encourage legislative movement. Otherwise, it may declare legislative decisions unconstitutional.

Lastly, the 1976 decision based on reform of the House of Councillors was not enacted in 1982 nor 1994.Thus, the scope of the 1976 decision was narrow.

2. The 2005 decision for voting rights outside of Japan

One of the obstacles for an unconstitutional decision for voting disparity is legislative discretion to amend electoral districts through statutes. The council advice has no legal force. Emphasizing the value of voting rights over the electoral system or institution by legislature means that basic principles of voting rights may tighten legislative discretion.

The Supreme Court admitted that voting rights are limited as long as it is necessary to achieve fairness in elections. In the case that the right to vote is an issue for subjective litigation (*Shukan Soshou*), the judiciary may narrow legislative discretion. In the case of disparity in voting rights in objective litigation (*Kyakkan Soshou*), the judiciary will wait for the legislature to work.

The 2005 Supreme Court decision[105] did not use the term legislative discretion. Before the 2005 decision, the Public Officer Election Act[106] completely precluded Japanese citizens who were residing abroad with no address in any area of a municipality in Japan from voting in national elections at the time of the general election for members of the House of Representatives held on October 20, 1996. Japanese people brought suit against the government according to the State Redress Act (*Kokka Baishou Hou*) .[107]

In 2005, the Supreme Court held that ex-Article 21(2) and Article 8 of the Supplementary Provisions of the Public Officer Election Act was in violation of Article 15(1) and (3), Article 43(1), and Article 44 of the Constitution for the reason that "limits, for the time being, the applicability of the system for allowing Japanese citizens who were residing abroad and had no address in any area of a municipality in Japan to vote in national elections of Diet members under the proportional representation system will, at least at the time of the first general election of members of the House of Representatives or regular election of members of the House of Councillors to be held after this judgment is handed down, be in violation of Article 15(1) and (3), Article 43(1), and the proviso of Article 44 of the Constitution."[108]

This 2005 decision allowed legal suit to seek declaration on legal relations under public law that "Japanese citizens who are residing abroad and have no address in any area of a municipality in Japan are eligible to vote in an election of members under the single-seat constituency system in the next general election of members of the House of Representatives and in an election of members under the constituency system in the next regular election of members of the House of Councillors on the grounds that they are listed on the overseas electoral register."[109]

The 2005 decision shows the following reservations for disparity cases. First, voting rights and disparity are based on different articles of the Constitution. For disparity cases and the equal protection provision, Articles 14 and 44 of the Japanese Constitution arose.

---

[105] Saiko Saibansho [Sup.Ct] September 14, 2005, Heisei 13 (Gyo tsu) no.82, 83, (Gyo Hi) no.76, 77, 59(7) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Minshu] 2087.

[106] Koshoku Senkyo Hou [Japanese Public Officer Election Act], Law No. 47 of 1998, Art.21(2), 42, 8 of the supplementary provisions (Japan).

[107] Kokka Baishou Hou [The State Redress Act], Law No. 125 of October 27, 1947, Art.1 (Japan).

[108] *supra* note 104.

[109] *Id.*

In the 2005 decision, the Court applied Article 15(1), 15(3), and 43(1) of the Constitution. Disputes regarding equality principles do not always end in rights-based litigation. One explanation is that equality of voting rights is peripheral in Article 14 of the Constitution, and is subject to wider legislative discretion, and rational review may work.[110] The basic principle of voting rights binds legislative discretion.

Second, these cases had different types of litigations. For disparity cases, the objective litigation (*Kyakkan Soshou*) legislatively afforded a party to bring suit. For the 2005 case, the Japanese citizens bought suit to seek damages. The promising point in the 2005 decision is that the Supreme Court held the government liable, and was asked to amend the Public Officer Election Act to extend voting rights to Japanese citizens living abroad. The Japanese Supreme Court rarely admits inaction of the legislature to pass the statutes, as the legislature is the highest organ to pass law under Article 41 of the Constitution.[111] The 2005 decision focused on more than 10 years. In the disparity case, the reasonable time limit did not show a specific period.

Third, the dissenting opinions of Justice Tokuji Izumi in the 2007 decision for political campaign activity in elections for the House of Representatives in 2005 and the 2015 decision regarding the Political Official Election Act were helpful to limit legislative discretion.[112] He attempted to explain the 2007 constitutional decision that held the limitation of political campaign for electing the House of Representatives in 2005 as unconstitutional.

In the 2015 decision regarding the Political Official Election Act limiting Japanese citizen living abroad, Justice Tokuji dissented with the majority, which admitted damage under the State Redress Act.[113] Emotional distress is not appropriate for monetary damage in voting disparity cases. When voting rights of Japanese citizens are indiscriminately infringed upon, the judiciary must provide a remedy to correct and restore operation of the democratic political process as much as possible.

The litigation for the State Redress Act in this case was supplementary, and the plaintiff Japanese citizens sought the judiciary to recognize the statute as unconstitutional in its reasoning, and encourage the legislature indirectly to restore voting rights. In this case, the plaintiffs were concerned that the primary litigation might be denied, and included the additional argument of the State Redress Act. Nominal damage is not provided in the Japanese State Redress Act; thus, its argument is inappropriate. If the court accepts monetary claims in this case, the judiciary must accept monetary claims in disparity cases in the future.

In disparity of electoral districts, Article 204 of the Public Office Election Act provides litigation and remedy for voters. Thus, in this case, the plaintiff did not have to bring a damage claim under the State Redress Act if the judiciary accepted claims. The judiciary

---

[110] JOJI SHISHIDO, *KENPO KAISHAKU RON NO OUYOU TO TENKAI 2nd* [Development and application of theory of constitutional interpretation, 2nd edition]185-194 (Nihonhyouronsha 2014).

[111] Saiko Saibansho [Sup. Ct] November 21, 1985, Showa 53 (o) No.1240, 39(7) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Minshu] 1512 (Japan).
KOJI SATO, *supra* note 21, at 636-638.

[112] Saiko Saibansho [Sup. Ct] June 13, 2007, Heisei 18(gyo tsu) No.176, 61(4) Saiko Saibansho Minji Hanreishu [Minshu] 1617 (Japan). (Tokuji Izumi, J., dissenting).
IZUMI TOKUJI, *WATASHI NO SAIKOUSAIBANSHO RON* [My perspective on the Supreme Court] 219-226 (Nihonhyouronsha 2013).
See also, Hidenori Tomatsu, *Equal Protection of the Law*, PERCY LUNEY AND KAZUYUKI TAKAHASHI, *JAPANESE CONSTITUTIONAL LAW* 195 (University of Tokyo Press 1993). He argues that by using Iken Jotai doctrine of the Supreme Court led confusion in the high court decisions.
SHIGENORI MATSUI, *supra* note 43*, at* 44.

[113] Kokka Baishou Hou [The State Redress Act], Law No. 125 of October 27, 1947, Art.1 (Japan).

shall engage with legislative inaction for voting rights causing discrimination. If the judiciary accepts monetary claims, the damages would spread and the burden on taxpayers would increase. Free from this anxiety, the judiciary must correct the disparity of voting rights.

3. The 2015 reform and the Supreme Court decision

The Supreme Court has announced the *Iken-Jotai* decision every year since 2011 in the House of Representatives and the House of Councillors.

In 2015, the district-fixing council in the House of the Representatives proposed to use Adams' system to allocate members. With the exception of the Socialist (*Shamin*) and Communist parties (*Kyosan*), the opposite parties accepted its advisory opinion of removing ten seats from the House of Representatives. The number of the members of the House of the Representatives will be from 475 to 465.

In a discussion between Prime Minister Abe and former Prime Minister Noda in the budget committee in 2016, Abe insisted that rapid reform would be achieved under Adams' approach by the 2020 national census during the 2016 session. Abe told the Secretary General of the LDP, Sadaguchi Tanigaki[114], to make proposals within the LDP. It has been difficult to build consensus within the LDP as it represents a majority party in the Diet.

In February 2016, the LDP proposed three plans. First, under the 2015 simple national census, a six-seat will be reduced in single-seat constituencies, and a four-seat reduced in proportionally represented. Second, reform of the electoral district will start after the 2020 formal national census. Detailed measures for reduction were not mentioned in this proposal.[115]

These proposals show that the ruling party impedes reform of the electoral districts since the ruling party has the highest number of incumbent members. The Supreme Court decision seeking abolishment of *Hitori Betsuwaku* has not come to fruition, as its proposal does not coordinate prefectural disparity. Adams' approach met with strong opposition.

In 2016, the Public Officer Election Act was revised to reduce the number of the members from 475 to 465, reduced the number of single-seat constituencies from 295 to 289, and reduced the number of proportionally represented, multiple-seat constituencies by 4 (*Hirei Daihyo*). These changes will come into effect in 2017.

The new Adams' method will be adopted from the 2020 national census onwards. It aims to increase members of the House of Representatives in large cities, and decrease them in under populated areas. The national census may require 9 increases in the single-seat constituencies, and 15 decreases in the proportionally represented, multiple-seat constituencies.

Prime Minister Abe is currently considering amending the Japanese Constitution. The election of the House of Councillors in July 2015 targeted the issue of Japanese Constitutional amendment. Disparity between the Houses of the Diet remain an important concern for Japanese Constitutional law scholars.

Conclusion

After the Meiji Constitution was amended, the electoral constituencies remained the same.Dialogue between the GHQ and the Japanese government concluded to abolish the

[114] Taniguchi got injured by bicycle, and resigned post of the Secretary-General of the Liberal-Democratic Party in 2016.

[115] Jimin to Minshin Shuin Senkyo Seido Houan wo sorezore Teishutu [LDP and Minshin party submitted bill for reform of election of the House of Representatives], NHK News Web (April 15, 2016).

House of Lords and privileges of the peers under Article 14 of new Constitution. In spite of a lack history of a federal system, the House of Councillors was established with the intention to limit the power of the lower house. The role of the House of Councillors and the difference between these two Houses were not clearly stipulated in the Japanese Constitution. The Public Officer Election Act provides the details of the electoral system. The Constitution stipulates one vote per person, which was intended to fix the voting disparity.

The *Tomabechi* decision shows that under the parliamentary system of the new Constitution, the cabinet has the power to dissolve the House of Representatives with Article 7, regarding the Emperor's ritual conduct.

This decision used the political question theory, which is criticized by constitutional researchers. Even though political question theory might be intrinsic to democracy, in that voters should be the judges of the cabinet and parliament, the scope and conditions should be clear. In the case of the dissolution of the House of Representatives, unlike the *Sunagawa* decision, the autonomy and discretion of the cabinet should have been considered.

There should be some clear conditions that stipulate when the dissolution of the House of Representatives is necessary, such as important bills being shelved, fundamental changes occurring in the cabinet, etc. Moreover, whether dissolution of the cabinet can be approved by voters via election is another matter in the Japanese Constitution that needs to be clarified.

There have been several electoral reforms made under the Japanese Constitution. Under the Japanese Constitution, judicial review is concrete, not abstract. However, the litigation for voting disparity is an exception that the Public Officer Election Act allows to stand.

The Constitution requires the government to fix the voting disparity. In Japan, the two Houses of the Diet have introduced their own reform.

It is very unique to review the technique of *Iken-Jotai*, or an "unconstitutional state or condition," which is an obscure doctrine used by the Japanese Supreme Court in 1976. It explained that, although an election is valid, it is nevertheless an illegal and unconstitutional process as per the equality doctrine of Articles 14 and 44 of the Japanese Constitution. The 1976 decision showed the large movement in Japan from rural areas to large cities and tried to limit legislative discretion.

The Supreme Court has held *Iken-Jotai* five times since 2009, three times to the House of Councillors and two times to House of Representatives. These decisions allow legislative discretion to modify the allocation of seats in the Diet. Some reform was made, but not thorough because of the strong objection from parliament.

The factors that limit the wide discretion of the legislature were displayed in these decisions, but it is not clear which factors are critical, such as the existing achievement of elections, unity as an electoral district, the administrative ward of municipalities, the size of an area, population density, resident configuration, transportation conditions, and geographical circumstances.

The reasonable time limit for reform should encourage the legislature to make drastic reform, not endorse small modifications to preserve incumbent seats. Members of the Houses of the Diet may lose electoral regions if reforms are enacted.

The political party is strong enough to enforce some electoral reform because members can make their public commitment along with their party agenda in the Japanese parliament. Emphasis on the political party may enforce party commitment among members while sacrificing the unique character of the House of Councillors, the purpose of which is not written in the text of the Japanese Constitution. The House of Councillors had no poli-

tical party involvement because its aim used to be regional and vocational representation in the beginning of current constitution. Nowadays, the political party is the dominant voice in the two Houses of the Diet even though this is not clearly written in the Constitution. The political party may disguise its agenda through distractions such as tax cuts in its campaign.

For reform of electoral regions, the prime minister's leadership would be helpful, but its exercise depends on political fighting with opposition parties and even within his own party.

In order to understand the Japanese parliamentary system, Sato emphasized that the constituency is at the center of the relationship between the cabinet and the parliament under the people's sovereignty. Takahashi viewed the dissolution of the House of Representatives as a weapon for the parties to destroy each other. Munasue required the House of Councillors to seek accountability from the cabinet.

Representatives in the Japanese parliament are required to consider minority opinion, and deliberate to reflect pluralistic perspectives of the people. The different election system aims to achieve this in both Houses of the parliament.

The district-fixing council (*Senkyo Kukaku Shingi Iinnkai*) for the House of Representatives was established under the cabinet office. It is not provided in the Constitution, and its opinion is advisory, with no binding power; that is to say that its advice does not bind the cabinet. The council's autonomy to fix the electoral district might be constitutionally required if the judiciary declares that voting disparity has been unconstitutionally unequal under unconstitutional conditions or states (*Iken-Joutai*). The judiciary can reflect district council opinion in writing its decisions.

One alternative solution for the judiciary to encourage reform by legislature is the rights-based approach mentioned in the 2005 decision. In this case, the Supreme Court allowed legal suit seeking declaration of legislative inaction under public law for those who live outside of Japan and are unable to vote. Although this decision didn't use the term "legislative discretion," the basic principle of voting right might bind legislative discretion in voting disparity cases.

Justice Tokuji's dissenting opinion in the 2007 decision admitted damage under the State Redress Act. Emotional distress is not appropriate for monetary damage in voting disparity cases. When voting rights of Japanese people are indiscriminately infringed upon, the judiciary must provide a remedy to correct and restore operation of the democratic political process as much as possible.

The litigation for the State Redress Act in this case was supplementary, and the plaintiff Japanese citizens sought the judiciary to recognize the statute as unconstitutional in its reasoning, and indirectly encourage the legislature to restore voting rights.

These voting disparity decisions show the core of the parliament, the constitutionality of the dissolution of the House of Representatives, the constitutional control for electoral reform, and the relationship among the judiciary, legislature, and cabinet. The rights-based approach might limit the wide discretion of the legislature. The unique roles of the House of Councillors and political parties were not stipulated in the Japanese Constitution. These factors are now vital in analyzing the *Iken-Jotai* doctrine in the Japanese Constitution.

PRINCIPIO DI PRECAUZIONE E DIRITTO ALLA SALUTE. PROFILI DI DIRITTO COMPARATO

MARIA GABRIELLA STANZIONE

1. Il termine precauzione, nel suo significato comune, indica un atto o un comportamento diretto ad evitare un pericolo imminente o possibile. Esso reca con sé l'idea dell'anticipazione sul piano temporale di una condotta di tutela dinanzi a un rischio, come testimonia l'etimologia stessa: il latino praecavere significa letteralmente "prestare attenzione prima".

Se le radici etiche del significato comune di precauzione affondano nella phronesis aristotelica e nella virtù cristiana della prudenza, occorre attendere il ventesimo secolo perché la precauzione, di fronte alla intervenuta consapevolezza della fallibilità della scienza, assuma un'accezione del tutto nuova, che è accolta nel diritto, dando vita a un intenso dibattito giuridico che tuttora non accenna a spegnersi.

L'inarrestabile avanzata della scienza e della tecnologia hanno portato pensatori come Hans Jonas[1] a elaborare un'accezione diversa di responsabilità, intesa non in termini giuridici bensì in termini morali, implicante l'impegno ad evitare sia il danno attuale a un bene, sia un danno che potrebbe prodursi a lungo termine.

I punti nodali di queste teorie emergono nel dibattito giuridico, che in origine verte sulla tutela dell'ambiente, ove si verificano danni di vastissime proporzioni, spesso non riparabili, i cui effetti a lungo termine sono suscettibili di influenzare la vita delle generazioni future e nei casi estremi la stessa sopravvivenza della specie umana: si pensi all'incidente nucleare di Chernobyl o al recentissimo disastro ecologico del Golfo del Messico.

Dalle prime teorizzazioni nella dottrina americana degli anni sessanta si giunge così, pochi anni dopo, alla positivizzazione di un primo nucleo del principio di precauzione nell'ordinamento tedesco, dove a seguito del disastro ecologico delle "piogge acide" (Waldsterben) che devastano la Foresta Nera si fa strada l'esigenza di una tutela rafforzata dell'ambiente dai pericoli insiti nel progresso scientifico-tecnologico. Il Vorsorgeprinzip risponde a tali istanze, non solo prevedendo un intervento diretto dell'autorità prima del verificarsi del danno, ma anche in assenza di certezze scientifiche sull'avverarsi dei rischi temuti.

In quest'ultimo aspetto risiede la principale differenza con il principio di prevenzione, il quale si applica soltanto in presenza di rischi scientificamente accertati e dimostrabili, ovverosia in presenza di rischi noti, misurabili e controllabili. La precauzione, al contrario, interviene quando la scienza non è in grado di dare risposte certe su rischi inaccettabili per la collettività. Essa serve per gestire rischi potenziali ma non ancora individuati oppure non del tutto dimostrabili per insufficienza o inadeguatezza dei dati scientifici [2]. Pertanto, si può

[1] H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2009, XXVII ss. L'A. prende atto che le promesse della tecnica moderna si sono trasformate in minaccia o che questa si è indissolubilmente congiunta a quelle. La portata dei nostri atti è tale che essa mette in pericolo l'esistenza stessa dell'umanità: non si tratta soltanto di una minaccia fisica, bensì di una minaccia anche simbolica che modificherà profondamente la natura umana.

[2] V. A. PERINI, *L'intervento dell'Unione Europea nell'ottica del principio di precauzione,* in N. OLIVETTI RASON, C. COLALUCA, M. MALO, A. PERINI (a cura di), *Inquinamento da campi elettromagnetici*, Padova, 2002, 11. Se-

affermare che il principio di precauzione costituisce un superamento delle precedenti logiche fondate su un'ottica riparatoria e, ove possibile, preventiva, volte al contenimento del rischio e alla tutela di beni essenziali, su tutti l'ambiente e la salute dell'uomo.

2. Assai più complicato è individuare una definizione chiara e univoca del principio di precauzione, tanto che si è detto che esso continua ad "avanzare una vera sfida teorica a ogni tentativo di classificazione"[3], probabile conseguenza della pluralità e della disomogeneità delle sue fonti di rango internazionale, comunitario e interno.

Esso, infatti, è positivizzato e consolidato all'esterno, nelle convenzioni e nei trattati, e cioè nelle decisioni comuni degli Stati, per poi filtrare attraverso il diritto comunitario all'interno dei singoli ordinamenti. E allora, quale migliore prospettiva di quella del comparatista per osservarne l'evolversi nei diversi formanti del diritto e le interazioni con le categorie giuridiche esistenti?

Non si può prescindere, a questo punto, da un preliminare richiamo delle fonti di diritto internazionale e di diritto comunitario nelle quali il principio in esame prende forma, individuandone le costanti e i tratti essenziali, al fine di analizzarne il recepimento all'interno degli ordinamenti europei, in particolar modo nelle esperienze francese e italiana. Un primo riferimento al principio di precauzione si rinviene, sotto forma di raccomandazione generale, nella Dichiarazione finale della Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente, tenutasi a Stoccolma nel 1972.

A partire dagli anni ottanta, la precauzione assurge a strumento giuridico privilegiato nelle convenzioni di diritto internazionale in materia di ambiente, si pensi alle conferenze ministeriali per la protezione del Mare del Nord, tenutesi in seno all'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) nel 1984.

Ma la vera consacrazione del principio in campo internazionale si ha nella Dichiarazione approvata a conclusione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente e lo Sviluppo (United Nation Conference on Environment and Development – UNCED), tenutasi a Rio de Janeiro dal 2 al 14 giugno 1992, il cui art. 15 recita: "al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il metodo precauzionale.

In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per rinviare l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale". Se nel diritto internazionale hanno trovato terreno fertile le questioni sulla natura giuridica e sull'effettiva portata del principio di precauzione – se esso appartenga all'hard law o al soft law, se abbia forza vincolante o una funzione meramente declamatoria, questioni che si riflettono nell'uso ora del termine "approach" ora del termine "principle"– nell'ambito del diritto comunitario la sua introduzione nel Trattato di Maastricht non sembra lasciare spazio agli stessi dubbi[4]. In

condo l'A., il principio di precauzione, quale strumento di reazione ai dubbi scientifici, è destinato a creare un nuovo rapporto tra scienza e diritto, in cui l'incertezza "non rappresenta una circostanza temporanea, bensì una situazione normale in cui assumere decisioni".

[3] N. DE SADELEER, *Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire: du slogan à la régle,* in *Cahiers de droit européen*, 2001, 94.

[4] Sul punto, la dottrina si divide in due orientamenti: taluni considerano il principio di precauzione un mero criterio di condotta dinanzi a un rischio. Emblematico è il caso in cui esso sia menzionato nelle carte internazionali, ma non venga introdotto nell'ordinamento interno. Altri avvalorano la "teoria normativa", soprattutto a seguito dell'accoglimento del principio medesimo nel diritto comunitario e della consolidata interpretazione ad opera della Corte di Giustizia europea, che in numerose pronunce ne sottolinea la valenza giuridica. In tal

virtù dell'art. 130 R del Trattato di Maastricht (rinumerato 174 par. 2 dal Trattato di Amsterdam), la precauzione è elevata a principio giuridico cardine della politica comunitaria in materia di ambiente, accanto al principio di azione preventiva, a quello di correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente e al principio "chi inquina paga".

Sebbene le prime formulazioni del principio di precauzione siano legate alla sfera della tutela dell'ambiente, ben presto esso trascende tale campo per trovare applicazione nei settori limitrofi della salute e della tutela dei consumatori[5]. In tal senso si pongono diverse pronunce della Corte di Giustizia[6] e del Tribunale di primo grado[7], che hanno più volte ribadito che si tratta di un principio di applicazione generale.

La medesima considerazione ha trovato conferma nella Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000, che, sebbene non fornisca una definizione del principio, si propone di approfondirne la connotazione, attribuendogli un campo di applicazione molto vasto e precisandone portata e destinatari.

Quanto a questi ultimi, si afferma che l'applicazione del principio spetta in primo luogo agli Stati membri e ai loro Governi, cui compete la definizione del livello di rischio accettabile per la società, e in secondo luogo ai giudici, riconoscendo la funzione vivificatrice del formante giurisprudenziale.

Inoltre, l'attuazione del principio, che può consistere in una decisione di agire o di non agire, deve in ogni caso rispettare i principi generali della proporzionalità, della non discriminazione, della coerenza e deve essere sempre preceduta da una corretta valutazione dei presupposti scientifici e da un'attenta analisi costi-benefici.

3. Si è detto che il principio di precauzione è positivizzato per la prima volta in Germania, dove ha trovato spazio in testi di legge, in materia di gestione delle acque o di utilizzazione di sostanze chimiche[8]. Anche in ordinamenti quali la Svezia, la Spagna e l'Olanda, esso ha trovato mere applicazioni nella disciplina di settore, come nella legislazione sugli ogm[9].

---

senso, G. TOMARCHIO, Il principio di precauzione come norma generale, in L. MARINI, L. PALAZZANI (a cura di), *Il principio di precauzione tra filosofia, biodiritto e biopolitica,* Roma, 2008, passim.

[5] L'art. 7 del Regolamento n. 2002/178/CE in materia di sicurezza degli alimenti recita: "*Qualora in circostanze specifiche a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione di incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate le misure provvisorie per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio".*

[6]Corte Giust., 5.5.1998, C–180/96, Regno Unito/Commissione, in Raccolta, 1998, I, *2265*; Corte Giust., 5.10.1999, C–175/98, Lirussi, in Raccolta, 1999, 6881; Corte Giust., 21.3.2000, C–6/99, Greenpeace, in Raccolta, 2000, 1651.

[7] Tribunale di primo grado, 11.9.2002, Pfizer Animal Health SA/Consiglio dell'Unione Europea, in http://europa.eu.int. In tale sentenza il Tribunale ha confermato la decisione del Consiglio di vietare l'uso di alcuni antibiotici come additivi per i mangimi animali, non essendo chiari a livello scientifico gli sviluppi della resistenza agli antibiotici nell'uomo.

[8]Riguardo all'applicazione giurisprudenziale del principio di precauzione in Germania, si vedano N. DE SADELEER, The enforcement of the precautionary principle by German, French and Belgian Courts, in RECIEL, 2000, 9, 144; S. BOHEMER-CHRISTIANSEN, The Precautionary Principle in Germany , in T. O' RIORDAN, J. CAMERON, Interpreting the Precautionary Principle, Londra, 1994, 31.

[9] Per quanto concerne l'ordinamento spagnolo, si incontrano diversi riferimenti al principio di precauzione nella legislazione sulla tutela dell'ambiente, in quella sull'inquinamento elettromagnetico, sulla sicurezza alimentare e sulla sicurezza dei prodotti in generale. Si vedano, ad esempio, la Ley 10/2001, sul piano idrogeologico nazionale; la Ley 16/2002, in materia di prevenzione e controllo della contaminazione; il Real Decreto 1066/2001 sulle emissioni elettromagnetiche; la Ley 11/2001 sulla sicurezza alimentare e il Real Decreto 1801/2003, in tema di sicurezza del prodotto.

Tuttavia, la Costituzione spagnola contiene, all'art. 45, un espresso riferimento alla tutela dell'ambiente a garanzia di un adeguato sviluppo della persona, da perseguire soprattutto mediante il principio di prevenzione. In Svizzera, nel 2007, è stata presentata una proposta per l'introduzione del principio di precauzione nella Costituzione federale, iniziativa che tuttavia non ha avuto seguito.

Particolare attenzione merita l'interessante esperienza francese, dove il principio di precauzione fa il suo ingresso con la Loi Barnier del 2 febbraio 1995 n. 95, in materia di protezione dell'ambiente. Successivamente, esso è inserito nel Codice dell'ambiente (art. L. 110–1), dove assurge a principio fondamentale per la tutela delle risorse naturali, del paesaggio, delle specie animali e vegetali.

Nel marzo 2005 il principio di precauzione è elevato a norma costituzionale, con l'inserimento nel preambolo della Costituzione del richiamo alla Charte de l'environnement, il cui art. 5 sancisce che: "qualora il verificarsi di un danno, benché incerto allo stato delle conoscenze scientifiche, sia suscettibile di colpire in modo grave e irreversibile l'ambiente, le autorità pubbliche vegliano, in applicazione del principio di precauzione e nelle loro sfere di competenza, alla messa in opera di procedure di valutazione del rischio e all'adozione di misure provvisorie e proporzionate al fine di far fronte alla realizzazione del danno".

La costituzionalizzazione del principio di precauzione, salutata dalla dottrina francese[10]come tappa decisiva della sua evoluzione – soprattutto a seguito della riforma del 2008 che introduce l'eccezione di incostituzionalità[11] –, se da un lato ne consacra il carattere direttamente invocabile[12]e ne traccia con maggiore chiarezza il profilo, dall'altro pone un doppio limite al principio medesimo, in quanto ne restringe l'operatività al campo della tutela ambientale e individua i suoi destinatari nelle autorità pubbliche.

La norma, in effetti, prende in considerazione esclusivamente i danni gravi e irreversibili all'ambiente, non facendo cenno alcuno alla tutela della salute.

D'altra parte, il medesimo legislatore ordinario sceglie di non menzionare il principio di precauzione nella legge del 2002 sulle politiche sanitarie e in quella del 2004 sulla salute pubblica (l. 9.8.2004 n. 806). Tuttavia, in dottrina si è già individuata la norma sulla quale fondare un'estensione dell'area di azione del principio, e cioè l'art. 1 della medesima Charte de l'environnement, in virtù del quale "ciascuno ha il diritto di vivere in un ambiente equilibrato e rispettoso della salute", che riconosce il legame indissolubile tra salute dell'uomo e ambiente in cui vive[13].

Ad ogni modo, il principio di precauzione mostra, ancora una volta, insofferenza alle delimitazioni, che cedono di fronte alla sua natura di clausola generale: esso non può ridursi alla definizione costituzionale, ma la trascende, filtrando lentamente in ogni parte

---

[10] V., tra gli altri, M. PRIEUR, *L'environnement est entré dans la Constitution,* e B. MATHIEU, *La Charte et le Conseil constitutionnel: point de vue, in La Charte constitutionnelle de l'environnement en vigueur,* Rev. Jur. Envir., 2005, 25 e 107.

[11] Il nuovo art. 61-1 della Costituzione francese, introdotto dalla legge di riforma costituzionale n. 724 del 2008, sancisce che: "*lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil Constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de Cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article*".

[12] C. THIBIERGE, *Introduction,* in M. BOUTUNNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilità civile,* Parigi, 2005, 14.

[13] 13 A. LAUDE, B. MATHIEU e D. TABUTEAU, *Le respect du principe de précaution*, in *Droit de la santé*, Parigi, 2007, passim.

dell'ordinamento attraverso la giurisprudenza, il cui apporto, benché ancora troppo prudente e spesso chiuso alla portata innovativa del principio di precauzione, è destinato ad avere un peso sempre maggiore nella sua costruzione, sia nel diritto amministrativo che in quello civile.

Quanto al primo, il principio di precauzione sembra esercitare una diversa influenza a seconda dell'ambito in cui è invocato. Se, infatti, sotto il profilo della tutela dell'ambiente, gli si accorda un ruolo di rilievo nel controllo amministrativo di legalità, nell'ambito della tutela della salute i giudici si limitano a riconoscere la legittimità delle misure di precauzione che tale tutela esige, imponendo un "comportamento di precauzione" all'autorità sanitaria[14]. Tuttavia, non pochi sono gli ostacoli a un'effettiva operatività del principio finanche se si rimane in tema di tutela dell'ambiente. Emblematico è il caso del sistema delle autorizzazioni urbanistiche: al riguardo, una consolidata giurisprudenza del Conseil d'Etat[15] ha stabilito la vigenza del principio dell'indipendenza delle legislazioni, in base al quale ha rifiutato di applicare il principio di precauzione alle autorizzazioni individuali all'utilizzo del suolo assoggettate alla legislazione urbanistica.

Con una sentenza dell'aprile 2005[16], il Conseil d'Etat ha censurato la decisione con cui la Corte d'appello annullava, sulla base del disconoscimento del principio di precauzione, la decisione dell'autorità amministrativa locale di non opporsi alla costruzione di un pilone e di un'antenna di radiotelefonia mobile. Il Conseil ha applicato il principio dell'indipendenza delle legislazioni, dichiarando che soltanto le disposizioni urbanistiche sono atte a impedire l'autorizzazione dell'opera e che l'autorità amministrativa non può fondare la propria decisione sull'applicazione di un'altra legislazione.

In altri termini, il rifiuto del permesso di costruire non può trovare il suo fondamento giuridico nella violazione del principio di precauzione, ma soltanto nella violazione della normativa urbanistica.

Ne deriva che, al di fuori della materia ambientale, il principio di precauzione sembra essere posto sostanzialmente in secondo piano rispetto alla regolamentazione speciale, nonostante il suo inserimento nel preambolo della Costituzione.

4. Sotto il profilo della tutela della salute, non sembra addirittura essere riconosciuta la valenza del principio, ma soltanto di un "comportamento di precauzione" che si sostanzia nell'adozione di misure volte a gestire i rischi.

Tanto nel caso tristemente noto del "sangue contaminato"[17] che in quello relativo ai danni da amianto[18], i giudici amministrativi si sono rifiutati di far valere retroattivamente il principio di precauzione per fondare la responsabilità dello Stato da "rischio da sviluppo", optando per una responsabilità per colpa nel trattamento dei rischi a partire dal momento della conoscenza degli effetti sulla salute delle persone.

Il principio di precauzione sembra esplicare un'azione assai più incisiva sul terreno della responsabilità civile, agendo sui suoi elementi costitutivi: la faute, il danno, il nesso di causalità. In dottrina al riguardo si possono individuare tre correnti: una prima visione non ammette alcuna influenza del principio di precauzione sull'istituto della responsabilità civile,

[14] M. DEGUERGUE, *Les avancées du principe de précaution en droit administratif français*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2006, 2, 621 ss.
[15] Si veda, per tutte, Conseil d'Etat, 6.6.1973, Verne et Beaugier, in www.dalloz.fr.
[16] Conseil d'Etat, 20.4.2005, Sté Bouygues Telecom, in www.dalloz.fr.
[17] Conseil d'Etat, 9.4.1993, Rec. Leb., 110.
[18] Conseil d'Etat, 3.3.2004, n. 241150 e 241151, in www.dalloz.fr.

avvalorando la teoria in base alla quale il principio si rivolge esclusivamente alla pubblica amministrazione[19].

All'estremo opposto, grande rilievo ha assunto nel dibattito giuridico l'opinione che guarda al principio di precauzione come strumento in grado di scardinare l'assetto tradizionale della responsabilità civile, trasformandola radicalmente[20], fino al punto di prevedere la nascita di una nuova azione di "responsabilità preventiva", che intervenga addirittura prima del verificarsi di un danno[21].

Nella zona intermedia si colloca invece la visione maggioritaria che accoglie la portata innovativa del principio di precauzione, ma ne limita gli effetti a un adeguamento dell'istituto della responsabilità civile alle nuove esigenze da esso avanzate, senza che ne derivi lo svuotamento dei suoi elementi essenziali[22].

La sua azione consisterebbe nel rimodellare la nozione di faute, estendendola a tutte le ipotesi in cui non si è tenuto conto di un rischio che all'epoca della condotta non era ancora accertato, ma soltanto considerato plausibile da una parte della comunità scientifica.

Sul versante giurisprudenziale, che ha avuto modo di esprimersi soprattutto in tema di tutela della salute, la Corte di Cassazione si è attestata su posizioni di sostanziale chiusura e ha imposto ai giudici di merito una linea più moderata, che rifiuta di considerare il principio di precauzione quale causa specifica della responsabilità al fine di eludere le condizioni richieste dalla legge.

Emblematica, in questo senso, è la sentenza relativa al vaccino contro l'epatite B, sospettato di essere la causa di diversi casi di sclerosi a placche. La Corte d'appello di Versailles aveva fondato la responsabilità del produttore sulla coincidenza temporale constatata tra la vaccinazione e la comparsa dei sintomi, in assenza di prove scientifiche di un legame tra vaccino e patologia.

La Cour de Cassation[23] ha cassato la sentenza di merito, respingendo una concezione estremizzata del principio di precauzione, che finirebbe con lo svuotare di contenuto l'esimente da "rischio di sviluppo", introdotta in attuazione della direttiva CE 85/374, che esclude la responsabilità del produttore se esso prova che "lo stato della conoscenze scientifiche al momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione, non ha permesso di scoprire l'esistenza di un difetto".

In altre pronunce, come quelle sui casi dei danni da isomeride e ormone della crescita, la Corte di Cassazione ha accolto le pretese dei danneggiati in base alla verifica della sussistenza di presunzioni "gravi, precise e concordanti", in presenza di rischi quasi del tutto dimostrati dalla scienza, sufficienti a provare la causalità e il difetto.

Con due sentenze del 2006, la Cassazione francese ha ammesso la responsabilità del produttore sulla base della faute de vigilance – non potendo ricondurre la fattispecie alla responsabilità da prodotto difettoso perché risalente agli anni settanta – nel caso di un altro prodotto farmaceutico tristemente noto in Francia e negli Stati Uniti, il distilbene, che si è

---

19 F. EWALD, *L'Etat de précaution, Rapport public du Conseil d'Etat pour l'année 2005*, Parigi, 2006, 359.

20 Si veda C. THIBIERGE, *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. Vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?*, Parigi, 1999, 561.

21 In tal senso, M. BOUTONNET, *op. loc. ult. cit., passsim.*

22 Si vedano G. VINEY, M P. KOURILSKY, *Rapport au premier ministre sur le principe de précaution,* Parigi, 2000, passim; P. JOURDAIN, *Principe de précaution et responsabilité civile*, Parigi, 2000, *passim*; G. SCHAMPS, *Le principe de précaution dans un contexte de droit communautaire et de droit administratif. Vers un noveau fondement de la responsabilité civile?,* Parigi, 2003; A. GUEGAN, *L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile,* in Rev. jur. envir., 2000, 147; C. NOIVILLE, *Du bon gouvernement des risques,* Parigi, 2003, 191 ss.

23 Cass. civ., I, arrêt n. 1191 du 23.9.2003, in www.dalloz.fr.

scoperto essere la causa delle patologie tumorali contratte dalle figlie delle donne cui era stato somministrato.

Tale pronuncia sembra segnare un progresso nell'applicazione del principio di precauzione, che incide sull'elemento della colpevolezza, estendendolo, tanto che in dottrina si è parlato della nascita di una nuova figura di responsabilità da "faute de précaution"[24].

E'opportuno, infine, soffermarsi sulla giurisprudenza relativa alla tutela da esposizione alle radiazioni elettromagnetiche: una decisione di merito che ha applicato esplicitamente il principio di precauzione è la sentenza del Tribunal de Grande Instance di Grasse[25] relativa ad un'antenna di telefonia mobile installata in prossimità di due scuole. Il tribunale, dopo aver verificato il rispetto delle soglie-limite di esposizione alle radiazioni elettromagnetiche, ha ordinato lo smantellamento dell'antenna sulla base della teoria dei troubles du voisinage, utilizzando il principio di precauzione per superare gli ostacoli della dimostrazione del rapporto causale tra installazione dell'antenna e "turbamenti" e del loro carattere eccessivo e anormale.

Con una sentenza del febbraio 2009, la Corte d'appello di Versailles[26] ha intimato alla società Bouygues Telecom lo smantellamento di un'antenna di radiotelefonia mobile, sostenendo che "il rispetto delle norme, la liceità dell'attività svolta e la sua utilità per la collettività non sono sufficienti ad escludere l'esistenza di un trouble".

La Corte, dopo aver constatato l'incertezza scientifica sugli effetti dell'esposizione alle onde elettromagnetiche sulla salute, ha fondato la tutela inibitoriarisarcitoria sull'esistenza di un turbamento psichico, un'angoscia determinata dall'esposizione alle radiazioni.

5. Nell'ordinamento italiano, a differenza di quello francese, non si rinviene una norma generale che ponga la definizione del principio di precauzione.

Ciò nonostante, esso ha avuto, fin dall'accoglimento nel diritto comunitario, grande risonanza tanto nel dibattito dottrinale che in quello giurisprudenziale.

In tal senso, i maggiori interrogativi si sono incentrati, partendo dalle specifiche situazioni di volta in volta tutelate dal diritto positivo, sull'applicabilità del principio di precauzione nei casi in cui sia messo in pericolo il diritto fondamentale alla salute, così come sancito dall'art. 32 Cost. e sul bilanciamento di valori costituzionali quali la salute, l'iniziativa economica privata, la proprietà e così via.

La Corte Costituzionale si è pronunciata più volte sul contemperamento tra gli interessi di rango costituzionale, sancendo la preminenza dei valori dell'ambiente e della salute. Essa ha da tempo ribadito, altresì, che l'incertezza scientifica non è sufficiente per escludere l'adozione di provvedimenti volti alla tutela della salute[27].

Nella sentenza n. 406 del 2005, la Corte ha qualificato il principio di precauzione come un "criterio direttivo che deve ispirare l'elaborazione, la definizione e l'attuazione della politiche ambientali della Comunità europea (…) circa gli effetti che possono essere prodotti da una determinata attività". Il Codice dell'ambiente (d. lgs. n. 152 del 2006) contiene nella parte sesta ("Norme in materia di tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente") numerosi riferimenti al principio di precauzione. L'art. 301 del Codice dell'ambiente, sebbene dettato in un contesto di applicazione generale alla tutela dell'ambiente, non definisce il

[24] G. VINEY, *Principe de précaution et responsbilité civile des personnes privées,* in *Recueil Dalloz,* 2007, 22, 1542 ss.
[25] Tribunal de Grande Instance di Grasse, 17.6.2003, in www.dalloz.fr.
[26] Versailles, 4.2.2009, in Dr. env., janv.-févr. 2009, 18.
[27] Si veda, per tutte, Corte Cost., 26 maggio 1998, n. 185, in Foro it., 1998, 1713.

principio in parola, ma si limita a prevederne l'applicazione ogniqualvolta si presenti un pericolo per l'ambiente o la salute dell'uomo, al fine di assicurare un alto livello di protezione.

Il principio di precauzione è, inoltre, espressamente richiamato dalla legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici (l. 22 febbraio 2001, n. 36), che ha ricondotto ad unità le precedenti normative (di natura regolamentare) e ha introdotto una disciplina positiva di respiro più ampio e attuale. L'art. 1 individua gli scopi della legge nel perseguimento della tutela della salute ex art. 32 Cost., nella promozione della ricerca scientifica e nell'attivazione di misure di cautela in applicazione del principio di precauzione.

La medesima Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legge-quadro sull'elettrosmog[28], ha riconosciuto nell'attuazione del principio in esame una delle finalità fondamentali dell'intervento legislativo. Infatti la normativa in esame prevede la fissazione di tre livelli di protezione, individuati nei limiti di esposizione, nei valori di attenzione e negli obiettivi di qualità (fissazione compiuta poi dai decreti attuativi emanati nel 2003[29]). Quello del c.d. inquinamento elettromagnetico è uno degli ambiti in cui, già dalla fine degli anni ottanta – e dunque ben prima di un intervento del legislatore – con l'incrementarsi degli studi scientifici sul collegamento tra l'esposizione a radiazioni elettromagnetiche non ionizzanti e alcune patologie come la leucemia infantile, sono emerse forti esigenze di tutela della salute, che hanno trovato espressione specialmente nelle domande cautelari ex art. 700 c.p.c. dirette all'inibizione delle emissioni elettromagnetiche o al distanziamento della fonte irradiante, in virtù del riconoscimento della pericolosità delle linee elettriche ad alta tensione, fatto salvo il diritto al risarcimento dei danni già verificatisi.

La materia dell'elettromagnetismo è paradigmatica dello stato dell'evoluzione giurisprudenziale del principio di precauzione, dove la quasi totale assenza di coordinate ha comportato e continua a comportare il rischio di un trattamento diverso anche in casi del tutto simili. Un primo provvedimento in materia si rinviene nell'ordinanza del Pretore di Pietrasanta del novembre 1986, che ha accolto la richiesta di inibitoria, proibendo all'Enel l'attivazione di una linea elettrica in prossimità di un centro abitato.

L'ordinanza è stata poi revocata dal Tribunale di Lucca, con la motivazione della mancanza di sicuri elementi di giudizio per insufficienza dei dati scientifici relativi[30].

Ciò nonostante, ad essa hanno fatto seguito numerose pronunce che hanno imposto di non superare i limiti di emissione suggeriti da alcuni studi scientifici[31]. In altri casi, il giudice ha ordinato, invece, lo spostamento dell'impianto, l'interramento dei cavi elettrici o la cessazione dei lavori di costruzione di infrastrutture elettriche[32].

---

[28] Corte cost. n. 331 del 2003, in Foro amm. CdS, 2003, 3225 ss. 29 La fissazione dei limiti previsti dalla l. 36 del 2001 è avvenuta con i due d.p.c.m. 8 luglio 2003, in G.U. 29 agosto 2003 n. 200 e in G.U., 28 agosto 2003, n. 199.

[29] La fissazione dei limiti previsti dalla l. 36 del 2001 è avvenuta con i due d.p.c.m. 8 luglio 2003, in G.U. 29 agosto 2003 n. 200 e in G.U., 28 agosto 2003, n. 199. 31 Trib Padova, ord. 17.11.1998 n. 465, in Rass. giur. en. el., 2000, 125 ss.; Trib. Como, ord. 30.11.2001, in Giust. amm., 2002, 52 ss.; Trib. Venezia, ord. 14.4.2003 n. 214, in Giust. it., 2003, 4 ss.; Trib. Modena, 6.9.2004, in Resp. civ. prev., 2004, 1087 ss. 32 Ad es., Trib. Milano, ord. 7.10.1999, in Foro it., 2001, I, 141 ss. 33 Hanno negato la misura cautelare Trib. Milano, ord. 20.5.2000, in Rass. giur. en. el., 2000, 116 ss.; Trib. Padova, ord. 24.5.2001, in Resp. civ. prev., 2003, 205 ss.; Trib. Catania, ord. 22.3.2001, in Resp. civ. prev., 2003, 206 ss.

[30] Trib. Lucca, 5 marzo 1990, in Rass. giur. en. el., 1990, 523 ss.

[31] Trib Padova, ord. 17.11.1998 n. 465, in Rass. giur. en. el., 2000, 125 ss.; Trib. Como, ord. 30.11.2001, in Giust. amm., 2002, 52 ss.; Trib. Venezia, ord. 14.4.2003 n. 214, in Giust. it., 2003, 4 ss.; Trib. Modena, 6.9.2004, in Resp. civ. prev., 2004, 1087 ss.

[32] Ad es., Trib. Milano, ord. 7.10.1999, in Foro it., 2001, I, 141 ss.

Sul fronte opposto si collocano una serie di decisioni che non hanno ritenuto sussistere il periculum in mora in presenza di una nocività meramente potenziale[33].

La Cassazione ha tentato di mettere ordine nella materia con la sentenza n. 9893 del 2000[34], nella quale ha ammesso in linea generale le domande cautelari in materia di protezione da radiazioni elettromagnetiche, sottolineandone la provvisorietà e individuando nell'art. 2050 c.c. il vero referente normativo della materia, riconducendola nel campo della responsabilità oggettiva derivante da attività pericolosa.

Tuttavia, la sentenza in esame rileva soprattutto per la verifica dei presupposti della tutela inibitoria ex art. 700 c.p.c., il cui accertamento nel caso concreto è ritenuto necessario ove la condotta sia tale da mettere in pericolo la salute dell'individuo. La Corte ha stabilito che il diritto alla salute ex art. 32 Cost. deve consentire la giustiziabilità anche dei pericoli potenziali. In altre parole, al fine di una tutela effettiva del diritto alla salute, non deve attendersi che il danno si sia verificato, ma è sufficiente un rischio che si accompagni alla presenza di determinati requisiti.

Sulla scorta di tale decisione, la giurisprudenza di merito ha giustificato la concessione della tutela anche in caso di rispetto dei limiti di emissione posti dal legislatore[35].

Emblematica al riguardo è una sentenza del 2007 del Tribunale di Bologna[36], che accorda la tutela inibitoria in presenza di una fattispecie in cui la nocività della condotta è meramente presunta e non accertata scientificamente e che risulta conforme ai parametri stabiliti dal legislatore sulla base della prevalenza "del diritto alla salute protetto dal generale principio di precauzione di cui all'art. 174 par. 2 Trattato UE". Secondo il Tribunale di Bologna: "nonostante la mancanza di univocità degli attuali studi epidemiologici in ordine al possibile pregiudizio alla salute connesso alla prolungata esposizione (…)" deve essere ritenuto prevalente il diritto alla salute protetto dal "generale principio di precauzione di cui all'art. 174, par. 2, Trattato UE".

Un'ulteriore forma di tutela, sia inibitoria che risarcitoria, si individua nell'art. 844 c.c., che disciplina le immissioni. A farne uso è una sentenza del Tribunale di Venezia (sent. n. 236 del 19 febbraio 2008), che ha accolto la richiesta di un gruppo di persone residenti in prossimità di una linea elettrica ad alta tensione, ordinando alla società responsabile della gestione della rete di distribuzione dell'energia, la cessazione delle immissioni ritenute eccedere la normale tollerabilità, nonostante il rispetto dei limiti legislativi[37]. Il giudice di merito ha condannato altresì la società responsabile al risarcimento del danno non patrimoniale patito da coloro che, a seguito dell'esposizione prolungata alle onde elettromagnetiche, hanno provato di "aver subito in concreto un turbamento psichico (sofferenze e patemi d'animo) di natura transitoria".

---

[33] Hanno negato la misura cautelare Trib. Milano, ord. 20.5.2000, in Rass. giur. en. el., 2000, 116 ss.; Trib. Padova, ord. 24.5.2001, in Resp. civ. prev., 2003, 205 ss.; Trib. Catania, ord. 22.3.2001, in Resp. civ. prev., 2003, 206 ss.

[34] Cass. sez. III, 27.7.2000, n. 9893, in *Danno e resp.*, 2001, 37. Le argomentazioni della Suprema Corte sono state più volte riprese: si vedano, ad esempio, Trib. Foggia, 27.2.2007, in Foro it., I, 2124 e Trib. Venezia, 14.4.2003, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, 900.

[35] V. anche Trib. Teramo-Giulianova, 4.11.2005, nella quale si rileva che *"l'incertezza esistente circa il limite obiettivo oltre il quale ritenere eccedente la normale tollerabilità delle immissioni elettromagnetiche non è sufficiente per negare tutela ai cittadini che lamentino il rischio di una lesione della propria salute"*. Anche questa pronuncia è espressamente fondata sul principio di precauzione, in virtù del quale "*occorre prevenire rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente" ponendo limiti allo svolgimento di "attività certamente dannose per la salute dei terzi, ma anche di quelle probabilmente ed anche eventualmente dannose"*.

[36] Trib. Bologna, 31.6.2006, in Danno e responsabilità, 2007, 12, 1249.

[37] In senso contrario, tuttavia, Trib. Monza, ord. 12.2.08 e Trib. Firenze, 14.1.2009 n. 59, in *www.dejure.it.*

Tralasciando, ai fini della trattazione, la lunga e appassionata disputa le[38]sull'interpretazione dell'art. 844 c.c. – che ha visto autorevoli voci schierarsi su due fronti: quello che ne avvalora l'inidoneità strutturale e funzionale alla tutela della persona umana, rinvenendo la ratio della norma nella tutela "individualistica" della proprietà e quello fondato su un'interpretazione personalistica della norma –, non si può non rilevare come il principio di precauzione orienti l'applicazione dell'art. 844 c.c., incidendo sui requisiti richiesti, quali il limite di normale tollerabilità. Se la Suprema Corte ha individuato nell'art. 2050 c.c. il referente normativo applicabile in tema di radiazioni elettromagnetiche, la giurisprudenza avente ad oggetto domande di risarcimento è ancora esigua e i rari casi che si sono avuti si sono fino ad oggi conclusi con una decisione di rigetto, in ragione della difficoltà della prova del nesso causale tra emissioni e danno alla salute[39]. Un tale ostacolo si rinviene anche nella fattispecie della responsabilità del produttore per danno da prodotti difettosi, la cui disciplina è contenuta negli artt. 114127 del Codice del consumo (d. lgs. 206/2005), che ha abrogato il D.P.R. 224/88, attuativo della citata direttiva 85/374. La normativa ricostruisce la responsabilità del produttore in termini di responsabilità oggettiva, in virtù della quale sul danneggiante incombe direttamente la responsabilità in un'ottica di favor nei confronti del danneggiato[40].

A quest'ultimo, come sancisce limpidamente l'art. 120 cod. cons., spetta l'onere probatorio del mero elemento oggettivo: il difetto del prodotto, il danno subito e il nesso di causalità che li lega. A questo punto v'è da chiedersi se e in che modo il principio di precauzione incida sulla configurabilità della responsabilità del produttore, considerato tra l'altro che il legislatore individua una specifica causa di esclusione della responsabilità nel c.d. "rischio da sviluppo". In virtù dell'art. 118 cod. cons., infatti, la responsabilità del produttore è esclusa quando lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento della messa in circolazione del prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso.

Il terreno privilegiato di applicazione dell'esimente in parola è proprio quello dei prodotti farmaceutici[41], i cui effetti collaterali siano sconosciuti al momento della messa in circolazione.

La questione si è imposta con la medesima forza anche nell'ambito della responsabilità del produttore di alimenti[42], ove il principio di precauzione viene a incidere di volta in volta sulla nozione di sicurezza del prodotto alimentare[43].

La Corte di Giustizia CE si è espressa sulla materia con la sentenza C-300/95, nella quale sostiene che "per potersi liberare della propria responsabilità, ai sensi dell'art. 7, lett. e, della direttiva, il produttore di un prodotto difettoso deve dimostrare che lo stato oggettivo delle conoscenze tecniche e scientifiche, ivi compreso il loro livello più avanzato, al

[38] Si rinvia a P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità,* in *Rass. dir. civ.,* 1982, 2, 1020 ss.
[39] Trib. Como, 23.11.2005, in Foro it., 2007, I, 222.
[40] Per un'approfondita analisi della materia, v. S. SICA, V. D'ANTONIO, *La responsabilità per danno da prodotti difettos*i, in P. STANZIONE, A. MUSIO (a cura di), *La tutela del consumatore*, Torino, 2009, 608 ss.
[41] L'immissione sul mercato di prodotti farmaceutici è regolata dal d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219, la cui rigorosa disciplina in materia di pubblicità (artt. 113-128) e di doveri di informazione relativi al foglio illustrativo (art. 81, comma 2) e all'etichettatura (artt. 73-86) è chiaramente ispirata a una logica precauzionale.
[42] V. E. AL MUREDEN, *Principio di precauzione, tutela della salute e responsabilità civile*, Bologna, 2008, *passim*.
[43] F. GIARDINA, *La responsabilità civile del produttore di alimenti*, in M. GOLDONI, E. SIRSI (a cura di), Atti del Convegno su Regole dell'agricoltura. Regole del cibo. Produzione agricola, sicurezza alimentare e tutela del consumatore, Pisa 7-8 luglio 2005, Pisa, 2005, 110. Secondo l'A., che lamenta l'inadeguatezza e della tutela offerta dall'art. 2050 c.c. e di quella dettata in tema di responsabilità da prodotto, "il principio di precauzione imporrebbe il superamento di tutti i meccanismi tradizionali di responsabilità, anche dei più recenti" al fine di raggiungere una tutela effettiva del consumatore.

momento della immissione in commercio del prodotto considerato, non consentiva di scoprire il difetto di quest'ultimo". La Corte aggiunge che "la disposizione di esonero non prende in considerazione lo stato delle conoscenze di cui il produttore considerato era o poteva essere concretamente o soggettivamente informato, ma allo stato oggettivo delle conoscenze scientifiche e tecniche di cui il produttore si presume informato", ferma restando l'accessibilità di tali conoscenze al momento dell'immissione sul mercato del prodotto considerato.

Di conseguenza, se da un lato non si può pretendere dal produttore l'onere di dimostrare l'assoluta innocuità del suo prodotto – un eccesso di cautela che comporterebbe, portato all'estremo, una paralisi del mercato e del progresso tecnologico –, dall'altro lato, l'esimente da rischio di sviluppo non può tradursi in una deresponsabilizzazione del produttore[44]. In tal senso egli è tenuto, una volta venuto a conoscenza del difetto, ad attivarsi per evitare che si realizzino pregiudizi ai consumatori, mediante i c.d. postmarket controls, il monitoraggio continuo sulla sicurezza del prodotto, l'adeguata informazione dei consumatori in tutte le fasi della messa in circolazione, anche successive alla vendita.

6. Dall'analisi dei rapporti tra principio di precauzione e responsabilità civile, senza soffermarsi sulla sua inesistente influenza o totale compromissione, deriva verosimilmente che la precauzione rafforza l'obbligo di prevenzione, inteso come dovere di prudenza.

Il passaggio ad una visione più moderna della responsabilità civile[45], fondata sulla ben più rilevante funzione di prevenzione, comporta la necessità di una rilettura dei suoi elementi costitutivi alla luce della possibilità di un'assimilazione tra danno certo e minaccia seria, scientificamente documentata, di danno[46].

In quest'ultima ipotesi non si può invocare, sul piano del nesso di causalità, l'imprevedibilità su cui giustificare il ricorso all'esimente della forza maggiore. Sembra da accogliere, dunque, una visione mediana della rilevanza del principio di precauzione, volta al rafforzamento delle condizioni della responsabilità civile, sia nel senso di riconoscere il nesso di causalità[47] quando il danno è prodotto da un rischio potenzialmente previsto e scientificamente accertato; sia nel senso – come è avvenuto nell'esperienza francese quando nei prospetti informativi del prodotto farmaceutico non si è segnalato un rischio ritenuto plausibile sulla base di studi medici e valutazioni scientifiche –, di ammettere una sorta di "colpa da precauzione".

Il che comporta una significativa estensione della nozione di colpa[48], ad esempio in materia di responsabilità del professionista che, nell'esercizio della sua attività, esponga la persona ad un dato rischio. Incidenza che si traduce, da un lato, nel rafforzamento del dovere di diligenza attraverso l'introduzione di regole specifiche fondate su un'ottica precau-

---

[44] In tal senso S. SICA , V. D'ANTONIO, *op. loc. ult. cit.,* 621.

[45] Secondo M. BOUTONNET*, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, cit., 251: "Le principe de précaution amorce le passage d'une responsabilité uniquement curative vers une responsabilité également préventive".

[46] G. PIGNARRE, *La responsabilité: débat autour d'une polysémie,* in *La responsabilité à l'aube du XXIème siecle, bilan prospectif, actes publié* in *Resp. civ. et Ass.*, juin 2001, n. 6 bis, 14, sostiene che: *"il ne s'agit plus de réparer un dommage mais un risque. Il faut admettre que la simple creation d'un risque est un dommage réparable".*

[47] V. C. M. NANNA*, Principio di precauzione e lesioni da radiazioni non ionizzanti*, Napoli, 2003, 173. Relativamente al problema della responsabilità da emissioni elettromagnetiche, l'A. avvalora la teoria dell'anticipazione del nesso di causalità ad opera del principio di precauzione al momento della "possibilità", equiparandola alla probabilità della verificazione del danno.

[48] In tal senso G. VINEY, M P. KOURILSKY, *op. loc. ult. cit*., *passim.*

zionale e dall'altro nell'inclusione nel dovere di informazione dei rischi ritenuti probabili in base a una seria valutazione scientifica.

Ne deriva un processo lento ma inesorabile di estensione del principio di precauzione sul terreno della responsabilità civile, che non ne sconvolge i tratti essenziali, ma li rafforza, soprattutto nelle situazioni collegate alla salute della persona.

Del resto, quella del principio di precauzione è materia in continua evoluzione: è difficile inquadrarne l'azione nelle categorie tradizionali del diritto, così come prevederne i possibili effetti a lungo termine. In esso si intersecano profili di diritto comunitario e interno, pubblico e privato, dai confini indefiniti ed elastici.

Non deve pertanto perdersi di vista la componente valoriale posta a fondamento del principio, in grado di ricondurre ad unità tutte le prospettive da cui può essere osservato. Il fulcro del principio di precauzione è infatti la persona, considerata nella sua unitarietà, così come unitaria è la nozione di salute accolta nell'art. 32 Cost., nonché dalla definizione risalente dell'OMS[49]. Essa consiste nel benessere fisio-psichico della persona, anche e soprattutto nei confronti delle altre persone e dell'ambiente che la circonda.

In virtù dell'influenza del principio di precauzione, pertanto, non solo il danno certo ma anche il rischio derivante plausibilmente da eventi che, sulla base di serie e scientifiche valutazioni, possono essere potenziali fattori di produzione, saranno parificati in termini di rilevanza giuridica: entrambi daranno allora luogo alla riparazione attraverso il risarcimento quando il danno si sia verificato oppure ad un'attenta opera di prevenzione, rivolta a salvaguardare l'integrità psico-fisica ovvero il benessere della persona umana.

[49] Nel Preambolo della Costituzione dell'Organizzazione Mondiale per la Sanità si legge: "*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of desease or infirmity*".

L'APPLICAZIONE DELLE NORME CEDU NELL'ORDINAMENTO INTERNO: DALL'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE AGLI SVILUPPI GLOBALI

ROSANNA FATTIBENE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le pronunce del giudice comune antecedenti la novella del Titolo V: la sentenza della Commissione Tributaria Regionale di Milano, del 19 settembre 2000, e la sentenza del Tribunale di Genova, *Traghetto c. Ente Poste*, del 4 giugno 2001. – 3. Le sentenze "gemelle" della Corte costituzionale – 4. Le novità introdotte dal Trattato di Lisbona. – 5. Le pronunce del giudice comune (amministrativo) successive all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: le sentenze del Consiglio di Stato, n. 1220/2010, e del TAR Lazio, n. 11984/2010. – 6. L'intervento della Corte costituzionale successivo al Trattato di Lisbona: la sentenza n. 80/2011. – 7. Lo sviluppo delle sentenze "gemelle": in particolare, la sentenza n. 49/2015. – 8. La tutela dei diritti dell'uomo nelle dinamiche della globalizzazione e negli sviluppi del sistema di tutela europeo ovvero il giudice comune ed il cavallo di Troia.

1. La riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, in particolare con la modifica del primo comma dell'art. 117 Cost., e l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha previsto l'adesione dell'Unione europea alla CEDU[1], nel loro complesso, hanno modificato il quadro giuridico interessato dall'impatto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sull'ordinamento interno.

A ridosso di ciascuna di queste novità normative si sono mosse analoghe dinamiche giurisprudenziali: alcuni giudici di merito hanno dato applicazione immediata alla norma convenzionale, disapplicando quella interna con essa incompatibile; indi, l'intervento della Corte costituzionale è giunto ad "arrestare" tale tendenza, affermando la necessità di una previa dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna.

Costanti, in tutto l'arco temporale interessato[2], sono apparse le «difficoltà» della giurisprudenza di merito «nel trattare le norme della CEDU […] come "semplici" norme convenzionali»[3] e, correlativamente, la sua «insoddisfazione di fondo»[4] per le solu-

[1] Più precisamente, il Trattato di Lisbona ha modificato il paragrafo 2 dell'art. 6 TUE, che oggi recita: «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati».

[2] Com'è noto, la legge costituzionale che ha novellato il Titolo V è la n. 3 del 2001, mentre il Trattato di Lisbona, firmato nel 2007, è entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

[3] A. TERRASI, *Il giudice amministrativo e l'applicabilità diretta della CEDU all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 3/2010, 687, 688.

[4] A. COLELLA, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa. Riflessioni sul tema dell'integrazione della CEDU nell'ordinamento italiano*, in *forum Quad. Cost. Rass.*, n. 5/2007, *www.forumcostituzionale.it*, 56. Con riguardo alla sentenza della Commissione Tributaria Regionale di Milano del 19 settembre 2000, alla sentenza del Tribunale di Genova, *Traghetto c. Ente Poste*, del 4 giugno 2001, ed alla sentenza della Corte d'Appello di Roma, sez. lavoro, dell'11 aprile 2002 (delle quali le prime due saranno prese in considerazione nel prosieguo del presente lavoro), l'A. osserva che «i giudici di merito - insoddisfatti del bilanciamento effettuato dal legislatore o dalla Corte costituzionale - hanno rivendicato un autonomo potere di bilanciamento, facendo leva direttamente sulle norme della Convenzione (di per sé, o nell'interpretazione datane a Strasburgo)» (*Ivi*, 57).

zioni adottate a riguardo dalla Consulta[5]. Per questa invariata ragione, dunque, certa magistratura ha cercato una più rapida attuazione della Convenzione anche in tempi ed in contesti normativi differenti, ma sempre in momenti in cui pure il legislatore (nazionale ed europeo) maturava previsioni di migliore collocazione e maggiore rilevanza giuridiche della Convenzione, anche rispetto al diritto dell'Unione europea (in particolare la "comunitarizzazione", resa possibile dal Trattato di Lisbona[6], si è prestata a supporta-

[5] La difficoltà avvertita dalla giurisprudenza di merito nel "maneggiare" le norme CEDU ha riguardato, in realtà, anche un periodo anteriore a quello che qui si prende in considerazione, con riguardo alle pronunce di disapplicazione della norma interna in contrasto con la CEDU. È corsa, invero, lungo tutti gli anni Novanta, inducendo una produzione caotica e contraddittoria, fino alle due pronunce storiche della Corte costituzionale, del 2007 - la n. 348 e la n. 349 -, che hanno avuto il merito di fornire chiare indicazioni alle quali i giudici comuni e di legittimità si sono sostanzialmente adeguati; successivamente, sarebbe intervenuta una "rimodulazione" dell'assetto dei rapporti tra ordinamento interno e CEDU, come delineata dalla Consulta nella sent. n. 49/2015. Prima delle sentenze costituzionali richiamate, dunque, la produzione giurisprudenziale ha «offerto un panorama a dir poco sconcertante, che copre ogni gamma di possibili soluzioni […]: dalle più tradizionali, che mantengono la Convenzione nell'ambito delle fonti primarie, a decisioni "d'avanguardia" che equiparano in tutto e per tutto la Convenzione al diritto comunitario direttamente applicabile, con conseguente disapplicazione del diritto interno, ad ogni possibile soluzione intermedia giocata sul piano interpretativo». Così M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in A. BALSAMO - R. E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il "caso Dorigo" e gli interventi della Corte costituzionale*, Torino, 2008, 45, descrive il ventaglio alquanto confusionario delle soluzioni giurisprudenziali del tempo; a questo stesso A., *ivi*, 41 ss., si rinvia, per un quadro più dettagliato della situazione, che ha comunque visto svolgere alla Corte costituzionale un ruolo significativo - con le sentt. nn. 10/1993 e 338/1999 -, anche se non tale da evitare il disorientamento dei giudici. Con la prima di queste due pronunce (per la quale, v. *infra*, nota n. 15), si è attribuita alle norme della Convenzione una particolare forza di resistenza all'abrogazione ad opera di disposizioni di leggi nazionali con esse contrastanti, in quanto derivanti da una fonte riconducibile ad una competenza atipica; questa tesi, invero, non ha avuto seguito nella stessa giurisprudenza costituzionale, pur se accolta dalla Suprema Corte, nello stesso anno, con la sentenza *Medrano*. Dalla sentenza del '99, la n. 338, con cui si è riconosciuto un peculiare valore interpretativo alle convenzioni inerenti i diritti, ha preso avvio, invece, una giurisprudenza costituzionale tutta tesa ad assicurare «per via interpretativa un rapporto di integrazione tra la tutela approntata dalla Costituzione italiana e le carte internazionali dei diritti» (*ivi*, 43). Su quest'ultima pronuncia, v. le note di C. PINELLI, *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convezione europea dei diritti dell'uomo*, e di L. MONTANARI, *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse un'inedita apertura*, entrambe in *Giur. cost.*, 1999, 3001 ss. Sul tema, cfr. P. BILANCIA, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, in *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Atti del 19° Convegno annuale (Padova, 22-23 ottobre 2004)*, Padova, 2008, 401 ss., A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.*, 2006, 491 ss., A. COLELLA, *Verso…*, cit., 56. B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa. Atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002*, Torino, 2003, 217 ss.

[6] Per "comunitarizzazione" delle norme CEDU s'intende che queste verrebbero a beneficiare del medesimo statuto di garanzia delle norme comunitarie. Essa, invero, è solo *possibile*: come si dirà meglio *infra*, non solo le procedure di adesione dell'Unione europea alla CEDU non sono affatto compiute ma, quand'anche lo fossero, non comporterebbero necessariamente l'attrazione della Convenzione nell'ordinamento dell'Unione europea.

re l'argomento, adoperato in quasi tutte le sentenze in questione[7], della parificazione del diritto convenzionale a quello comunitario[8]).

La comprensione per tale insoddisfazione, in considerazione del "peso" dell'oggetto della Convenzione (i diritti fondamentali) non giustifica, però, a nostro avviso, la strada a suo tempo prescelta da questi magistrati, essendo essa, oltre che contraria alle regole ed ai principî che sovrintendono i rapporti tra ordinamento nazionale e sistema convenzionale, anche foriera di alcuni rischi. Si sono infatti ritenuti «arditi» esito e scopo delle loro pronunce[9] e «spregiudicata» la soluzione da essi adottata[10].

Per queste ragioni, dunque - perché portatrici di una tensione perdurante e palpabile ed, al contempo, di un rischio *in nuce* -, si è scelto di dare conto, inizialmente, di alcune di quelle sentenze (seppure, complessivamente, di numero modesto) con le quali i giudici hanno ritenuto di disapplicare la norma interna "a favore" di quella convenzionale[11], peraltro col conforto di alcune pronunce della Suprema Corte; contestualmente, si esamineranno le sentenze con cui la Consulta ha provveduto a bloccare questo fronte.Non si mancherà, ovviamente, nel seguito, di considerare la successiva e più recente giurisprudenza costituzionale, intervenuta, in effetti, più volte, a rimescolare le carte delle soluzioni giudiziarie ai contrasti tra le norme interne e quelle convenzionali ed a rimodulare i rapporti tra Corti e giudici "in dialogo", pur in assenza di ulteriori modifiche del quadro giuridico di riferimento.

Dal ripercorrere queste dinamiche, vecchie e nuove, scaturiranno, alfine, alcune considerazioni circa l'importanza della corretta impostazione e partecipazione alle "reti giudiziali", lungo le quali sempre più corrono gli eventi e la regolamentazione giuridica al tempo della globalizzazione.

---

[7] Come ben sintetizza L. D'ANGELO, *"Comunitarizzazione" dei vincoli internazionali CEDU in virtù del Trattato di Lisbona? No senza una expressio causae (nota a Cons. St., Sez. IV, 2/3/2010, n. 1220 e TAR Lazio, Sez. II bis, 18/5/2010 n. 11984)*, 27 maggio 2010, in *forum Quad. Cost. Rass.*, *www.forumcostituzionale.it*, 1, «la giurisprudenza amministrativa» (nelle decisioni che si prenderanno in esame) «ha osservato che le norme CEDU vengono a beneficiare del medesimo statuto di garanzia delle norme comunitarie: non più, pertanto, norme internazionali e parametro interposto di legittimità costituzionale di norme domestiche ex art. 117 Cost., bensì norme comunitarie (in quanto "comunitarizzate" con il Trattato di Lisbona) le quali in virtù del *primatè* del diritto comunitario legittimano alla non applicazione di norme interne con esse contrastanti».

[8] Cfr., in merito, B. RANDAZZO, *Giudici*…, cit., 264 ss. (par. 3.7, significativamente intitolato "*La «prevalenza» della CEDU sulla norma interna incompatibile come diritto comunitario: casi «curiosi» o una via da percorrere fino in fondo?*").

[9] A. GUAZZAROTTI, *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 1/2003, 25, con specifico riferimento alla sentenza del Tribunale di Genova, *Traghetto c. Ente Poste*, del 4 giugno 2001. Lo scopo è individuato, dall'A., nell'aver «apertamente mirato a sconfessare una precedente decisione della Corte costituzionale, in cui era stata "assolta" la stessa legge che il tribunale era tenuto ad applicare», mentre l'esito, «accertata la contrarietà della disposizione di legge rispetto al diritto giurisprudenziale CEDU», sta nell'essere giunti a «"disapplicare" la legge, in espressa analogia con lo schema valevole per il diritto comunitario» (*Ibidem*).

[10] A. COLELLA, *Op. cit.*, 52.

[11] L. M. RAMAJOLI, *Il Giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della normativa interna contrastante con la convenzione?*, in *Il Diritto processuale amministrativo*, n. 3/2012, 839, individua le ragioni di quanti hanno seguito quest'orientamento nella «diretta riconducibilità dei vincoli convenzionali, al pari di quelli europei-comunitari, al novero delle limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 Cost.», nella «valorizzazione sempre a livello europeo-comunitario dei diritti fondamentali come garantiti dalla CEDU» e nella «necessità di osservare le sentenze della Corte di Strasburgo qualora sia stata accertata una violazione discendente dall'applicazione di una norma nazionale, così che in assenza di disapplicazione di quest'ultima s'incorrerebbe in una nuova violazione».

2. Alcuni giudici danno, dunque, applicazione immediata alla CEDU, con prevalenza sulle norme interne incompatibili. In tal senso, la Commissione Tributaria Regionale di Milano, sez. V, che, con una pronuncia del 19 settembre 2000[12], disapplica un articolo di un D.P.R. del '73[13], in quanto incompatibile con l'art. 1 del Protocollo n. 1 alla CEDU, sulla protezione della proprietà[14].

Il giudice tributario afferma, innanzitutto, che l'assoggettamento alla tassazione proporzionale dell'1% delle delibere di emissione di prestiti obbligazionari, disposta dal D.P.R. che si accinge a disapplicare, è avvenuta, sin dall'origine, in totale violazione delle disposizioni della Convenzione, ratificata in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848, cioè molto prima della stessa legge delega sulla cui base il D.P.R. era stato emanato. Dunque, di violazione si tratta, in quanto la Corte costituzionale ha ritenuto gli atti legislativi di recepimento, con i quali sono state ratificate in Italia quelle disposizioni sopranazionali, «dotati di una particolare forza di resistenza (rispetto alle leggi ordinarie successive) in quanto "derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria" che non siano dotate della medesima specificità della legge di ratifica o di recepimento (Corte cost. 12 gennaio 1993, n. 10)»[15].

Tanto premesso, l'obbligo per questo giudice di dare applicazione immediata all'art. 1 del Protocollo n. 1 alla CEDU, che si assume violato, e, conseguentemente, di-

---

[12] Su cui v. M. C. VILLANI, *La rinnovata battaglia dei giudici comuni a favore della diretta applicabilità della CEDU. Tra presunta "comunitarizzazione" dei vincoli convenzionali e crisi del tradizionale modello di controllo accentrato della costituzionalità*, in *federalismi.it*, n. 20/2010, *www.federalismi.it*, 5, 6.

[13] Precisamente, l'art. 4, lett. *e*), del D.P.R. n. 634 del 1972, che prevedeva l'assoggettamento dell'emissione di obbligazioni alla tassazione proporzionale dell'1%.

[14] L'art. 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla CEDU, sulla «Protezione della proprietà», prevede che «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale». E ancora che «Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende». Invero, dinanzi alla Commissione Tributaria Regionale di Milano, il ricorrente rileva il contrasto dell'art. 4, lett. *e*), del D.P.R. n. 634 del 1972, sia con il succitato art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU, sia con l'art. 11 della direttiva n. 69/335 CEE, che impedisce la tassazione dei prestiti obbligazionari. Il giudice tributario, in effetti, fa derivare l'applicazione diretta della Convenzione anche «dall'ulteriore condizione rappresentata dal fatto che la domanda di rimborso trova origine e fondamento nel diritto comunitario ed inoltre esiste un collegamento tra diritto comunitario e Convenzione, che è forte ed innegabilmente codificato nell'art. 6 del Trattato e testimoniato dalle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee», come rammenta C. LEONE, *Tassazione dei prestiti obbligazionari, Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5/2001, 176.

[15] Commissione Tributaria Regionale di Milano, sez. V, 19 settembre 2000, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5/2001, 162. La Commissione richiama, dunque, a sostegno della tesi del rango rinforzato delle norme della Convenzione, un passo della sent. n. 10/1993 (per la quale v. *retro*, nota n. 5). Si tratta, precisamente, del punto 2 del *Considerato in diritto*, che costituisce un «famoso (quanto isolato *obiter dictum*)» (F. DONATI, *La CEDU e l'ordinamento interno*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio*, *Op. cit.*, 108), quasi subito recepito dalla sentenza *Medrano* della Suprema Corte (Cass. Pen., Sez I, n. 10 luglio 1993, n. 2194), sulla quale v. A. MARZANATI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5/1988, 1382 ss., ma, appunto, non confermato dalla giurisprudenza costituzionale successiva. Ciò nonostante, M. CARTABIA, *La Convenzione...*, cit., 42, vi ravvisa notevole importanza, consistente nell'aver aperto «una fase di "crisi" dei rapporti tra l'ordinamento italiano e il sistema della Convenzione, che poi sarebbe durata molti anni», ciò per aver messo «in discussione il valore di legge ordinaria della Convenzione» e sottolineato «la sua specificità anche rispetto ad altri trattati internazionali».

sapplicare la norma interna con esso contrastante, deriva dal principio di sussidiarietà sul quale «la CEDU si fonda esclusivamente». Vale a dire che, in conformità «a quanto riconosciuto nel suo art. 1[16], il rispetto e la tutela dei diritti enunciati nella CEDU deve essere assicurato, in primo luogo, direttamente dagli ordinamenti di ciascuno Stato contraente, sia attraverso le fonti normative nazionali sia mediante la diretta applicazione della CEDU da parte dei suoi organi amministrativi e giurisdizionali». «Del resto», continua questo giudice - verosimilmente ad avallare la possibilità e la necessità della diretta applicazione/disapplicazione -, «il rapporto esistente tra l'ordinamento interno nazionale e la CEDU è il medesimo ormai generalmente riconosciuto a quello esistente tra l'ordinamento nazionale e i trattati istitutivi della CEE, esso si fonda, cioè, sulla seconda parte dell'art. 11 della Costituzione»[17].

È, dunque, l'«opzione di preferibilità dell'intervento dello Stato nazionale»[18], col proprio apparato normativo e col proprio sistema di tutela giurisdizionale, a protezione dei diritti e delle libertà sancite nella CEDU, a comportare che l'autorità europea possa intervenire solo nel caso in cui non sussista l'effettiva possibilità di esperire un ricorso dinanzi alle giurisdizioni nazionali o, altrimenti, solo previo esaurimento di «tutte le possibilità offerte dalla giustizia interna»[19]. Ma non è questo, chiaramente, l'aspetto della sussidiarietà che al giudice preme evidenziare, quanto, piuttosto - una volta fissati, in nome di quel principio, il ruolo degli organi statali e dell'autorità europea, rispettivamente di "avanguardia" e "recessivo", nonché qualificatosi quale organo statale, in quanto organo giudiziario -, che egli possa ed anzi debba dare immediata applicazione alla norma convenzionale.

La sussidiarietà costituisce, dunque, una delle due motivazioni principali del dispositivo. Essa stessa traina alla seconda, vale a dire alla possibilità, per il giudice nazionale, di attingere l'interpretazione del precetto convenzionale dalla giurisprudenza del giudice europeo, sicché, acquisita, per questa via, chiarezza e concretezza, questo si rende immediatamente applicabile. Ed è per l'appunto in forza del «rammentato principio di *sussidiarietà*» che «il giudice nazionale deve ricondursi» a quella giurisprudenza[20].

La pronuncia *de qua* introduce, così, un altro elemento della questione alquanto controverso, *id est* quale valore attribuire alla giurisprudenza di Strasburgo - da mera-

---

[16] «Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione».

[17] *Dec. cit.*. C. LEONE, *Op. cit.*, 177, nota che «la Commissione tributaria enfatizza questo collegamento tra Convenzione e diritto comunitario per dare maggior forza al principio della immediata applicazione delle norme della Convenzione». L'A. non manca, però, di ricordare che vi era già ricorsa la dottrina (in particolare, C. E. GALLO, *La Convenzione europea per i diritti dell'uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi italiani*, in *Dir. amm.*, 1996, 499, e F. G. SCOCA - S. TARULLO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'accessione invertita: verso nuovi scenari*, in *Riv. amm.*, 2000, 445) «per rafforzare il ruolo della Convenzione nell'ordinamento italiano» (*ivi*, 176, e nota n. 26, pp. 126, 127). In merito all'incidenza del diritto comunitario su questo caso, A. COLELLA, *Verso…*, 53, rileva che «la norma soccombente si poneva in contrasto non solo con l'art. 1 Protocollo n. 1, ma anche con una disposizione di diritto comunitario (che, astrattamente, avrebbe potuto giustificare il ricorso alla disapplicazione). Tuttavia, la direttiva n. 69/335 CEE non era suscettibile di applicazione immediata perché non self-executing: la norma di matrice convenzionale sembra, dunque, aver fatto qui "la parte del leone"».

[18] M. R. MORELLI, *Principio di sussidiarietà delle giurisdizioni sovranazionali e margine di apprezzamento degli Stati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, intervento all'incontro di studio del 20 settembre 2013, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, su *Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2.

[19] F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Milano, 2007, 148.

[20] *Dec. cit.*

mente orientativo a vincolante -, nei confronti dei giudici nazionali che si trovino a regolare i rapporti tra la norma interna e quella CEDU già interpretata dal giudice europeo[21]. Ebbene, la Commissione Tributaria «ritiene opportuno»[22] assumere l'art. 1 del Protocollo 1 alla CEDU così come interpretato dalla Corte europea in precedenti pronunce[23]. Da qui (anche da qui), l'obbligo, per il giudice nazionale, di dare immediata attuazione a quel precetto che, così specificato, si è fatto chiaro e concreto[24].

Con un argomentare alquanto serrato, il giudice milanese dà seguito, in questo modo, alle sentenze della Corte di Cassazione che, già vari anni addietro, sembravano aprire, sebbene a determinate condizioni, alla possibilità di un'immediata applicazione delle norme della Convenzione nell'ordinamento italiano[25].

---

[21] La Suprema Corte era già intervenuta sulla diretta applicabilità della giurisprudenza della Corte EDU, ma sempre riconoscendole una funzione di solo orientamento e indirizzo rispetto alla giurisprudenza nazionale. Solo nel 2004, con quattro sentenze, avrebbe riconosciuto la diretta applicabilità della giurisprudenza di Strasburgo in un caso di risarcimento del danno dovuto dallo Stato per la durata non ragionevole del processo. Di queste sentenze ed, in particolare, della Sent. Cass. SS.UU. civ., 26 gennaio 2004, n. 1338, tratta P. BILANCIA, *Op. cit.*, 410-412, interrogandosi, riguardo a quest'ultima, sulla volontà della Cassazione (non chiaramente evincibile dalle motivazioni) di sancire «la vincolatività del precedente» della Corte EDU o, piuttosto, di effettuare «un'applicazione "dovuta" in base al rinvio operato dalla legge Pinto all'art. 6 della Convenzione» (*Ivi*, 411). Certo è, come nota F. VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia. Riflessioni in attesa della decisione delle Sezioni Unite*, 10 aprile 2012, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10, che la Corte europea ha sempre attribuito «essa stessa grande rilievo ai propri precedenti», soprattutto al fine di «orientare la futura attività interpretativa, […] soprattutto dei giudici nazionali», ai quali spetta, in ragione del principio di sussidiarietà, la «funzione di primi garanti dei diritti convenzionali». L'ipotesi, in particolare, che il giudice nazionale torni ad occuparsi della causa già definita dalla Corte di Strasburgo o che, diversamente, sia adito su casi analoghi, sui quali non sia intervenuta una pronuncia di questa Corte, è stata, di recente, definita dalla Consulta, con le sentenze nn. 210/2013 e 49/2015, sulle quali v. *infra*, nel testo, e nota n. 119.

[22] *Dec. cit.*

[23] Per le quali, «il diritto di proprietà garantito dalla CEDU […] comprende il libero godimento da parte delle persone fisiche e giuridiche di ogni loro bene»: così, nell'espressione sintetica che si adopera ad un certo punto della pronuncia, nella quale, però, quella giurisprudenza della Corte europea viene ripercorsa puntualmente.

[24] Con riferimento alla considerazione per il principio di sussidiarietà e per la giurisprudenza europea in tema di diritto di proprietà, tenuta dalla Commissione Tributaria nel giudizio *de quo*, C. LEONE, *Op. cit.*, 173, così sintetizza l'esito dell'articolata motivazione: «Bisogna, quindi, dare immediata attuazione a quei precetti contenuti nella Convenzione che tutelano il diritto di proprietà contro un'illegittima ingerenza pubblica. Questo precetto risulta, infatti, ormai reso in termini "chiari, precisi e non condizionati" dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che ha chiarito le condizioni, già espresse nell'art. 1 del primo protocollo aggiuntivo, che consentono di qualificare come legittima l'ingerenza pubblica».

[25] Per questa giurisprudenza della Suprema Corte, v. P. BILANCIA, *Op. cit.*, 407-413. L'A. ricorda che, «dopo una prima posizione di chiusura totale all'applicazione delle norme CEDU», in quanto ritenute valevoli solamente nei confronti delle Alte Parti contraenti, la Suprema Corte «mutava orientamento» nel 1989, con la sentenza *Polo Castro* (Cass., SS. UU. penali, 23 novembre 1988, n. 15), con la quale si sosteneva l'applicabilità delle norme convenzionali nell'ordinamento italiano, ma con la precisazione che ciò «era possibile alla condizione che la disposizione invocata corrispondesse ad un atto normativo interno idoneo a creare obbligazioni e diritti»; in mancanza, sarebbe stato necessario, invece, un intervento normativo dello Stato, volto ad adeguare le norme nazionali al diritto convenzionale (*ivi*, 408, part. nota n. 13). L'A. annovera successive pronunce di Cassazione, con le quali veniva riconosciuta immediata precettività ad alcune norme della Convenzione, nonché la sentenza del 19 luglio 2002, n. 10542, con la quale la Cassazione affermava l'obbligo, per il giudice interno, di disapplicare la norma dell'ordinamento italiano che fosse in contrasto con una convenzionale dotata di immediata precettività nel caso concreto (*ivi*, 409). Di analogo tenore, altre due pronunce della Suprema Corte (Cass. I Sez. civ., 11 giugno 2004, n. 11096, e Cass., SS.UU. civili, 23 dicembre 2005, n. 28507), per le quali si rinvia ad A. CIERVO, *È possibile disapplicare norme nazionali in contrasto con la cedu? Brevi riflessioni su un filone giurisprudenziale minoritario*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costi-*

Delle suesposte motivazioni del giudice tributario, il tema meno rilevante (ai fini, almeno, del relativo dispositivo), vale a dire l'asserita omogeneità col diritto comunitario, sarebbe stato ripreso, di lì a poco, dalla sentenza del Tribunale di Genova, *Traghetto c. Ente Poste*, del 4 giugno 2001[26], per essere spinto da questo giudice, invece, fino alla piena equiparazione delle norme convenzionali con quelle comunitarie riguardo ai loro effetti nell'ordinamento interno.

Il giudice genovese disapplica l'art. 9, comma 21, ultima parte, del d.l. 1° ottobre 1996, n. 510, convertito nella l. 28 novembre 1996, n. 608[27], in quanto in contrasto con l'art. 6 CEDU («Diritto a un equo processo»)[28], e a ciò provvede «in espressa analogia con lo schema valevole per il diritto comunitario»[29]. Nell'addivenire a tale conclusione, egli afferma, infatti, che «i rapporti fra le norme dello Stato italiano da un lato, le norme comunitarie e quelle della convenzione dall'altro, sono retti dai medesimi principî. Queste ultime prevalgono sul diritto interno, in cui sono direttamente applicabili, in forza di una limitazione della sovranità dello Stato che trova fondamento nell'art. 11 Cost. Inoltre l'ordinamento interno da un lato, quello comunitario e quello sorto dalla convenzione dall'altro, si pongono quali ordinamenti autonomi e distinti. Attesa l'identità di principi su cui si inquadra l'intera materia appare del tutto coerente che la giurisprudenza, sul tema dell'incompatibilità tra norme della convenzione e norme interne, sia pervenuta, sia pure a seguito di analisi meno approfondite, a soluzioni del tutto analoghe a quelle […] cui è pervenuta in relazione al conflitto tra ordinamento comunitario e interno»[30].

Queste motivazioni, che non tengono in alcun conto le diversità di natura, struttura e funzioni del sistema CEDU e dell'ordinamento comunitario, che vengono, invece, equiparati grezzamente, in via puramente assertiva, mostrano tutta la loro fragilità rispetto ad una questione che è stata tanto controversa in dottrina, qual è quella della copertura costituzionale delle norme convenzionali, oscillante, con alterne fortune, tra la tesi che essa vada ravvisata nell'art. 10 Cost., nell'art. 2 Cost., o, per l'appunto, nell'art. 11 Cost.[31].

---

tuzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo. Atti del Seminario, Ferrara, 9 marzo 2007, Torino, 2007, 73, 74.

[26] A commento della quale v. RANDAZZO, *Giudici*…, cit., 249, 250, e A. COLELLA, *Verso*…, cit., 53, 54.

[27] La disposizione vietava al giudice di operare la conversione in contratto a tempo indeterminato del contratto cui fosse stato illegittimamente apposto un termine. La norma era stata inserita dal nostro legislatore esclusivamente per incidere su di un contenzioso seriale di notevoli dimensioni, in senso favorevole all'Ente Poste.

[28] L'interpretazione di quest'articolo adottata dal Tribunale genovese è contenuta nelle sentenza della Corte EDU *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*, del 9 dicembre 1994, in cui i giudici di Strasburgo avevano affermato, al par. 49, che «il principio di legalità e la nozione di giusto processo consacrati dall'art. 6 CEDU si oppongono a qualsiasi ingerenza del potere legislativo, nell'amministrazione della giustizia, al fine di influenzare la conclusione giudiziaria della lite». Su questa sentenza, v. J. MALHERBE, R. VERSTRAETEN, *La tutela del contribuente nel diritto europeo: l'esperienza belga*, in A. DI PIETRO (a cura di), *La tutela europea ed internazionale del contribuente nell'accertamento tributario*, Milano, 2009, 48-51.

[29] A. GUAZZAROTTI, *I giudici*…, cit., 25.

[30] Tribunale di Genova, *Traghetto c. Ente Poste*, del 4 giugno 2001.

[31] Invero, già in precedenza, in dottrina, alcuni Autori (per tutti, P. MORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni unite e Costituzione italiana*, in *Riv. dir. intern.*, 1983, 306 ss.) avevano sostenuto l'annoverabilità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra i Trattati che assicurano la pace e la giustizia tra le nazioni, di modo che essa ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 11 Cost. Altra autorevole dottrina aveva invece ricondotto la diretta applicabilità delle norme convenzionali all'art. 10 Cost.: tra i principî del diritto consuetudinario rientrerebbe anche il brocardo "*pacta sunt servanda*"; pertanto, l'art. 10 Cost., dichiaratamente rivolto, nel primo comma, alle «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», rimarrebbe violato

Vien fatto piuttosto di credere che una riflessione così "sbrigativa" sia sottesa, in realtà, dalla preferenza di alcuni giudici per una ribalta ultranazionale, che consenta di collegare le loro pronunce ad un ben più ampio circuito normativo e giurisprudenziale. Un ruolo più ampio, insomma, nella circolazione dei modelli, erodendo possibilità d'intervento alla Corte costituzionale ed ambito di applicazione alla stessa Costituzione. Al fine di raggiungere questo risultato, viene spesso operata, infatti, una scorretta individuazione della fonte produttiva del diritto da applicare al caso, ricorrendo alla Convenzione anche quando basterebbe (e si dovrebbe) ricorrere alla norma costituzionale[32].

Soprattutto a riflettervi dopo la modifica dell'art. 117, co. 1 Cost., ma prima delle cd. sentenze gemelle[33], il pericolo che si profilava in queste posizioni giurisprudenziali, anche se spurie, si faceva concreto. Esso stava nella possibilità d'«investire i giudici comuni di un potere di "controllo di convenzionalità delle leggi diffuso" in grado di alterare profondamente i caratteri del nostro sistema costituzionale», in ragione del sostanziale «"aggiramento" del sindacato di costituzionalità da parte dei giudici comuni»[34] che esso comporta. Orbene, il contestuale richiamo agli «obblighi internazionali» ed ai «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario», che compare nella norma costituzionale

in caso di mancato adattamento, da parte dello Stato, dell'ordinamento giuridico alle norme pattizie. A quest'ultimo convincimento, però, non si è richiamata nessuna delle sentenze qui considerate (che hanno, invece, riferito la diretta applicabilità delle norme CEDU all'art. 11 Cost.) ed esso è stato chiaramente rigettato dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 (v. *infra*). Per questa tesi, v. principalmente R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Palermo, 1956, 87 ss., che la fondava sul riconoscimento, nell'art. 10, co. 1, Cost., di un adattamento automatico dell'ordinamento nazionale comprensivo anche del diritto internazionale pattizio; altri Autori, invece, avevano sostenuto l'applicabilità pur sempre dell'art. 10, co. 1, Cost., alla Convenzione, ma in quanto contenente norme o principi già riconosciuti nel diritto internazionale consuetudinario (v., in particolare, F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino, 1994, 68 ss.). Non è mancato neppure il richiamo all'art. 2 Cost., quale norma a fattispecie aperta, con la conseguenza di costituzionalizzare i diritti garantiti dalla Convenzione; questa, dal suo canto, quale testo scritto, avrebbe arginato la discrezionalità dell'interprete, evitando, così, una lettura del tutto indeterminata della disposizione costituzionale in parola [per quest'argomentare sull'art. 2 Cost., v., soprattutto, A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana*, Modena, 1975, 50 ss.]. La Corte costituzionale, con le surricordate sentenze "gemelle", ha riconsiderato la questione della copertura costituzionale della Convenzione, rapportandola al novellato art. 117 Cost., primo comma; vi sarebbe tornata, con analoghi esiti, successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, con la sent. n. 80/2011 (per entrambe queste pronunce, v. *infra*).

[32] C. BELFIORE, *Sulla competenza ad accertare il contrasto fra la norma statuale e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. mer.*, n. 1/2002, 21, ne fornisce un significativo esempio proprio nel caso in commento, *Traghetto c. Ente Poste*. L'art. 6 della Convenzione, che si pretende violato, richiede che gli Stati aderenti prevedano un processo «equo», vale a dire «la cui decisione spetti al giudice naturale, precostituito per legge, sottratto ad ogni influenza esterna e tenuto a decidere esclusivamente in base al diritto vigente e alle risultanze processuali» (*ibidem*). Siffatto modello di processo, però, è già contemplato dalla Costituzione italiana. «E valga il vero: art. 24: "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi"; art. 25: "Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge"; art. 101: "I giudici sono soggetti soltanto alla legge"; art. 104: "La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere"; art. 111: "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio fra le parti in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata"». La nostra Costituzione, insomma, «non lascia in proposito alcun vuoto che giustifichi il ricorso alla normativa della Convenzione» (*ibidem*).

[33] Come fa A. GUAZZAROTTI, *I giudici*…, cit., 25 ss. Sulle sentenze "gemelle" (cioè le sentt. Corte cost. nn. 348 e 349, del 2007) si tornerà più ampiamente *infra*.

[34] *Ivi*, 26. Anche A. COLELLA, *Op. cit.*, 56, ravvisa, in questa tendenza, un «aggiramento del sindacato di legittimità costituzionale».

novellata, avrebbe potuto confermare il «parallelismo tra diritto comunitario e diritto CEDU»[35], su cui, per lo più, quella giurisprudenza si basava.

Il controllo di convenzionalità diffuso che va prendendo piede tra i giudici comuni induce la Corte a prendere posizione sul tema. Preoccupata per il depotenziamento del suo ruolo e per la fragilità che ne deriverebbe per l'assetto tutto delle relazioni intersistemiche, la Corte interviene ad arginare la temuta tendenza con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007: le sentenze "gemelle", come ribattezzate, in dottrina, per la similitudine di assetto e contenuti apparsa subito evidente.

In esse si afferma, con esemplare chiarezza, «che il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale. Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi»[36].

Da queste affermazioni rimane confutato, innanzitutto, il parametro di costituzionalità individuato, in ordine al contrasto tra norme CEDU e norme interne, nelle su richiamate pronunce dei giudici comuni, vale a dire l'art. 11 Cost. Il distinguo che la Corte traccia tra le norme comunitarie e quelle CEDU è netto e comporta solo per le prime e non per le seconde il ricorso a quest'articolo quale parametro di costituzionalità. L'efficacia di cui godono le norme comunitarie negli ordinamenti degli Stati membri - obbligatoria e diretta, costituzionalmente fondata sull'art. 11 Cost. - è una loro peculiarità[37] che non potrebbe estendersi alle norme convenzionali, non potendosi individuare, riguardo a quest'ultime «alcuna limitazione della sovranità nazionale»[38] (che, invece, l'art. 11 Cost. contempla).

---

[35] GUAZZAROTTI, *I giudici*…, cit., 25.

[36] Dal punto 4.3 del *Considerato in diritto* della sent. Corte cost. n. 348/2007; ovviamente, la sent. n. 349/2007 si attesta sullo stesso assunto. F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2008, *www.osservatoriosullefonti.it*, osserva che «alla luce delle sentenze in esame i giudici comuni, quando la legge ordinaria presenta profili di contrasto con un diritto fondamentale, possono sollevarne la questione di legittimità costituzionale invocando come parametro di giudizio sia le disposizioni costituzionali in materia di diritti sia le corrispondenti disposizioni della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo».

[37] Dalla sent. Corte cost. n. 348/2007, punto 3.3 del *Considerato in diritto*: «Questa Corte ha chiarito come le norme comunitarie "debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari" (sentenze n. 183 del 1973 e n. 170 del 1984). Il fondamento costituzionale di tale efficacia diretta è stato individuato nell'art. 11 Cost., nella parte in cui consente le limitazioni della sovranità nazionale necessarie per promuovere e favorire le organizzazioni internazionali rivolte ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni».

[38] Sent. Corte cost. n. 348/2007, punto 3.3 del *Considerato in diritto*. La Corte, anzi, in questo passaggio precisa di aver «escluso, già prima di sancire la diretta applicabilità delle norme comunitarie nell'ordinamento interno, che potesse venire in considerazione» anche riguardo alle norme CEDU «l'art. 11 Cost. "non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme pattizie in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale" (sentenza n. 188 del 1980)». Si sofferma sulla «diversità giuridica, funzionale e istituzionale, dei due sistemi» - quello unioneuropeista e quello convenzionale - che «ne impedisce l'assimilazione», sia nella posizione espres-

Questa posizione senza tentennamenti della Corte sopravanza tutte le teorie pur avanzate, in dottrina, circa una (almeno) parziale limitazione di sovranità imputabile alle norme convenzionali, tese ad affermare che anche quest'ultime possono giovarsi della copertura costituzionale proveniente dall'art. 11 Cost. La pretesa si poggia sulla rilevanza, ai fini della realizzazione di un ordinamento basato sulla pace e sulla giustizia tra i popoli, del contributo offerto dalla Convenzione e dalle altre Carte dei diritti in genere; contributo, invero, ritenuto, talvolta, anche più rilevante di quello apportato dalle norme comunitarie[39].

Ebbene, la Corte riconosce senz'altro la «grande rilevanza» delle norme CEDU, in quanto «tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone»; purtuttavia, «sono pur sempre norme internazionali pattizie» - essa ricorda - «che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto»[40]. D'altro canto, se le norme CEDU non sono riconducibili all'art. 11 Cost., non lo sono neppure all'art. 10 Cost., in quanto, di tutta evidenza, non consistono in quelle norme consuetudinarie alle quali rinvia la formula «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», di cui all'art. 10 Cost. Anche in questo la Corte costituzionale assume una posizione chiara e senza tentennamenti[41].

---

sa dalla Corte costituzionale nelle sentenze "gemelle", sia «per la Corte di giustizia (v. il parere sull'adesione dell'Unione alla Cedu)», L. CAPPUCCIO, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione (Nota a C. cost., 24 ottobre 2007, nn. 349 e 348)*, in *Foro it.*, 2008, I, 47 ss. A riguardo, v. anche A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma I, Cost.*, in *Giur. cost.*, 2007, 3574 ss.

[39] «Con specifico riguardo alla CEDU, il meccanismo, per imperfetto che sia, che obbliga gli Stati a dar seguito ai verdetti della Corte europea, concreta una forma di limitazione di non secondaria incidenza, tanto più se si ammette - come, a mia opinione, si deve - che la CEDU e le Carte dei diritti in genere concorrono ad offrire prestazioni di pace e giustizia in ancora più rilevante misura di quanto non si abbia (se non da tutti) da alcuni atti normativi comunitari. Le tecniche che stanno a base della produzione dell'effetto giuridico di limitazione della sovranità sono dunque una cosa (e nessuno dubita che le più incisive siano appunto quelle introdotte dai trattati istitutivi della Comunità), il fatto in sé della limitazione quale risultante dai contenuti e dai fini propri di certi trattati (e, segnatamente, delle Carte sui diritti umani), un'altra»: così A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *forum Quad. Cost. Rass.*, 2007, *www.forumcostituzionale.it*, 4. Similmente, per C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Consulta Online*, 2007, *www.giurcost.org*, «il riconoscimento della funzione interpretativa della Corte di Strasburgo comporta per il legislatore un vincolo «*negativo* (di osservanza) e *positivo* (di attuazione)», il che può considerarsi una "limitazione di sovranità"».

[40] Sent. Corte cost. n. 348/2007, punto 3.3 del *Considerato in diritto*.

[41] In questo senso, il punto 3.4 del *Considerato in diritto* della sent. Corte cost. n. 348/2007, che così recita, con riguardo all'art. 10 Cost.: «La citata disposizione costituzionale, con l'espressione "norme del diritto internazionale generalmente riconosciute", si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie e dispone l'adattamento automatico, rispetto alle stesse, dell'ordinamento giuridico italiano. Le norme pattizie, ancorché generali, contenute in trattati internazionali bilaterali o multilaterali, esulano pertanto dalla portata normativa del suddetto art. 10. Di questa categoria fa parte la CEDU, con la conseguente "impossibilità di assumere le relative norme quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale, di per sé sole (sentenza n. 188 del 1980), ovvero come norme interposte *ex* art. 10 della Costituzione" (ordinanza n. 143 del 1993; conformi, *ex plurimis*, sentenze n. 153 del 1987, n. 168 del 1994, n. 288 del 1997, n. 32 del 1999, ed ordinanza n. 464 del 2005)». Gli fa eco il punto 6.1 del *Considerato in diritto* della sent. n. 349/2007: «In generale, la giurisprudenza di questa Corte, nell'interpretare le disposizioni della Costituzione che fanno riferimento a norme e ad obblighi internazionali - per quanto qui interessa, gli artt. 7, 10 ed 11 Cost. - ha costantemente affermato che l'art. 10, primo comma, Cost., il quale sancisce l'adeguamento automatico dell'ordinamento interno alle norme di diritto internaziona-

Essa, piuttosto, cerca conferma del suo ragionamento nel novellato art. 117 Cost. Nel frattempo, infatti, è entrata in gioco la prima novità normativa che ha interessato la nostra materia: la riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, che ha inserito, tra l'altro, *ex novo*, l'attuale primo comma dell'art. 117.

La disposizione, come modificata, ricorre ad una duplice formula per indicare il comune rispetto dovuto dalla legislazione statale e da quella regionale, oltre che alla Costituzione, agl'impegni assunti dallo Stato con altri ordinamenti o sistemi: i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» e gli «obblighi internazionali». Il legislatore costituzionale distingue «in modo significativo»[42], i «vincoli» dagli «obblighi», i *meri* obblighi, potremmo dire: i primi, rapportabili all'ambito comunitario; i secondi, a quello internazionale. La diversificazione così operata è, insomma, non soltanto terminologica ma sostanziale[43] e, difatti, la Corte ritiene abbia «confermato» il suo «precitato orientamento giurisprudenziale»[44].

In effetti, la riformulazione del primo comma del 117, pur nella sua brevità, apporta un contenuto innovativo notevole alla trama costituzionale, sancendo la formale equiordinazione tra la legislazione statale e quella regionale. Si tratta del *leit motiv* di tutta la riforma e giustifica la collocazione, nel Titolo V, di questa norma che, altrimenti, avrebbe richiesto, piuttosto, una revisione dell'art. 11 Cost. ed, eventualmente, dell'art. 10 Cost; si sarebbe persa, però, in questo modo, l'*occasione* fornita, nel 2001, dalla legge costituzionale n. 3. Il profilo di maggiore innovazione è proprio il riferimento agli «obblighi internazionali» derivanti dal diritto pattizio, che non avevano goduto mai, in precedenza, di alcuna considerazione/garanzia costituzionale.

Il diritto comunitario - che pure conquista, *ex novo*, un riferimento nell'art. 117 Cost. -, aveva pur sempre potuto fruire della tutela offertagli dall'art. 11 Cost., quand'anche avvertita come *risicata* (altri Stati membri dell'Ue - è noto - hanno ritenuto di procedere ad una revisione della Costituzione, onde introdurvi una previsione *ad hoc*[45]). Il riferimento contenuto nel riformulato art. 117 Cost. sarebbe, anzi, senz'altro

---

le generalmente riconosciute, concerne esclusivamente i princìpi generali e le norme di carattere consuetudinario (per tutte, sentenze n. 73 del 2001, n. 15 del 1996, n. 168 del 1994), mentre non comprende le norme contenute in accordi internazionali che non riproducano princìpi o norme consuetudinarie del diritto internazionale. Per converso, l'art. 10, secondo comma, e l'art. 7 Cost. fanno riferimento a ben identificati accordi, concernenti rispettivamente la condizione giuridica dello straniero e i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica e pertanto non possono essere riferiti a norme convenzionali diverse da quelle espressamente menzionate». Sul punto, v. A. RAUTI, *La "cerchia dei custodi" delle "Carte" nelle sentenze costituzionali nn. 348 e 349 del 2007: considerazioni problematiche*, in C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 347-348/2007 della Corte costituzionale,* Milano, 2009, 296 ss.

[42] Sent. Corte cost. n. 348/2007, punto 3.3 del *Considerato in diritto*.

[43] Come la stessa Corte evidenzia, al punto 3.3 del *Considerato in diritto* della sent. n. 348/2007.

[44] *Ibidem*.

[45] La Francia, con una riforma costituzionale del 1992, in vista della ratifica del Trattato di Maastricht, ha dedicato un apposito Titolo della *Constitution* - il XV - alla partecipazione alle Comunità ed all'Unione europea. Esso è stato successivamente modificato ed ampliato più volte, precisamente in occasione della ratifica del Trattato di Amsterdam, del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e, da ultimo, nel 2008, del Trattato di Lisbona. Attualmente, dunque, il *Titre* XV è intitolato «*De l'Union européenne*» e va dall'art. 88-1 all'art. 88-7. Sull'argomento, v. C. DI ANDREA, *La via francese alla ratifica del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa: riforma costituzionale e referendum, in http://archivio.rivistaaic.it, 1 ss., part. par. 3;* P. G. LUCIFREDI, P. COSTANZO, *Appunti di diritto costituzionale comparato. 1. Il sistema francese*[9], Milano, 2004, 174, 175; M. CLAES, *Le «clausole europee» nelle costituzioni nazionali*, in *Quad. cost.*, n. 2/2005, 300; F. DURANTI, *Francia: Trattato costituzionale europeo e revisione della Costituzione*, in *forum Quad. Cost. Rass.*, 2016, *www.forumcostituzionale.it*, 1 ss. Similmente, il Parlamento tedesco si è premurato di immettere nel *Grundgesetz* norme che, in quanto «espressamente dedica-

monco - se non fuorviante -, ai fini di una corretta concezione costituzionale dei rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario (oggi, dell'Unione europea), se non coordinato con quella norma collocata tra i principî fondamentali della Repubblica[46].

Il diritto internazionale pattizio, invece, relativamente alla potestà legislativa, fa la sua prima apparizione in Costituzione con la riforma del 2001[47], connotato, dunque, da quella differenza terminologica che, *a fortiori*, alla luce della già acquisita posizione del diritto comunitario nel testo costituzionale, non ci appare affatto una mera variazione linguistica.

Sta ad indicare, difatti, che, mentre con la firma dei Trattati comunitari, l'Italia ha fatto ingresso in un più ampio ordinamento al quale ha ceduto, in parte, la sua sovranità[48], con l'adesione alla CEDU, invece, il nostro ordinamento giuridico non è stato incorporato in un altro al quale competa produrre norme vincolanti per gli Stati contraenti. La Convenzione «è configurabile», piuttosto, «come un trattato internazionale multilaterale», pur con «caratteristiche peculiari», «da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti»; solo obblighi (quelli, appunto, di cui al primo comma dell'art. 117 Cost.), «non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto»[49]; non "vincoli", dunque.

Sicché, in base all'art. 117 Cost., non è possibile «attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU»[50]. Con la sua modifica, «si è realizzato»,

---

te» (così le definisce E. CANNIZZARO, *Principi fondamentali della Costituzione e Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5/1994, 1173), agevolassero il processo d'integrazione comunitaria. Si è proceduto, così, già alla vigilia della stipula del Trattato di Maastricht, alla modifica dell'art. 23 GG. Per un'ampia ed approfondita panoramica sulle clausole europee contenute nelle Costituzioni degli Stati membri dell'Ue, si rinvia a M. CLAES, *Op. cit.*, 283 ss.

[46] «La lettura congiunta degli artt. 11 e 117 Cost. consente […] di mantenere nel primo le solide basi costituzionali delle limitazioni di sovranità necessarie per il funzionamento dell'ordinamento dell'Unione, e nel secondo l'indicazione delle loro conseguenze limitatamente all'esercizio del potere legislativo»: G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*[6], Torino, 2013, 444.

[47] A riguardo, nota F. SORRENTINO, *Regioni, diritto internazionale e diritto comunitario. Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *http://archivio.rivistaaic.it*, che, se «la nuova disposizione costituzionale rappresenta il punto d'arrivo (e la consacrazione) di una quasi trentennale giurisprudenza della Corte (a partire dalla sent. 183/1973), il limite degli obblighi internazionali costituisce una significativa novità sul piano costituzionale, avendo sempre la Corte rifiutato di estendere l'applicazione del 1° comma dell'art. 10 al diritto internazionale di fonte pattizia». Il limite e la sua esplicitazione nella Carta costituzionale non è di poco momento, in quanto «l'ampiezza stessa degli obblighi internazionali (insieme con la variabilità dei loro contenuti), cui oggi il testo costituzionale sottopone la potestà legislativa statale, finisce […] col collocare la legge in una posizione di sostanziale subordinazione alle fonti internazionali e lo stesso Parlamento in posizione subordinata rispetto all'esecutivo» (*ibidem*). La stessa disposizione, in ordine alla potestà legislativa regionale, cui pure si riferisce, va considerata solo confermativa di una soggezione agli obblighi internazionali già acquisita, in quanto discendente, «per quattro delle cinque regioni a statuto speciale, da specifiche disposizioni statutarie, per la Sicilia dal riferimento all'unità politica dello Stato di cui agli artt. 1 stat. spec. e 5 cost., per le altre regioni da argomentazioni, per dir così, "*a fortiori*"». Sottolinea la novità costituzionale per il (solo) diritto internazionale pattizio F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, in *Foro it.*, 2008, I, 50 ss.; in argomento, v. anche M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 185 ss.

[48] Col solo limite dei principî e dei diritti fondamentali.

[49] Sent. Corte cost. n. 348/2007, punto 3.3 del *Considerato in diritto*.

[50] Sent. Corte cost. n. 349/2007, punto 6.2 del *Considerato in diritto*.

piuttosto, «un rinvio mobile[51] alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta"»; dunque di «rango sub-costituzionale»[52], più precisamente «di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria», com'è proprio delle norme «destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere»[53].

Né può lo stesso parametro costituzionale sottrarsi «ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione»[54], che, pertanto, sarà svolta dal Giudice delle leggi. A questo, dunque, spetta di accertare «la compatibilità della norma CEDU, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri [la Corte europea dei diritti dell'uomo], con le pertinenti norme della Costituzione». Come a dire, ad ogni Giudice, il *compito suo*[55]. «In tal modo», continua la Corte, «risulta realizzato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un *vulnus* alla Costituzione stessa»[56]. Per dirla con una dottrina, «l'obbligo che la legislazione sia conforme al diritto internazionale non può impli-

[51] L'art. 117 Cost., co. 1, nel fungere da parametro del giudizio di legittimità costituzionale, «rinvia alla norma CEDU di volta in volta conferente, che dunque vale ad integrarne il contenuto: di qui la definizione del meccanismo come di rinvio mobile, a somiglianza del rinvio operato dalle norme di diritto internazionale privato all'ordinamento competente»: così G. TESAURO, *Il rapporto tra il giudice nazionale e la Corte dei diritti dell'uomo*, relazione presentata all'Incontro di studio su "*Il Giudice Nazionale e il Diritto Europeo. Quanti modelli, quali modelli? Dialoghi a due voci"*, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura - Corte di Appello di Roma, svoltosi a Roma, il 3 giugno 2013, in *www.giustizia.lazio.it*, 6.

[52] Sent. Corte cost. n. 349/2007, punto 6.2 del *Considerato in diritto*. L. INCOGNITO, *Tutela dei diritti fondamentali, Trattato di Lisbona, diretta applicabilità della Cedu: uno scenario in divenire*, in *www.ildirittoamministrativo.it*, 2010, 6, 7, elenca le molteplici situazioni che, negli anni, hanno modificato il quadro giuridico nel quale s'inserisce la relazione tra CEDU ed ordinamento interno, sì da indurre, alfine, a ritenere non più soddisfacente la collocazione della Convenzione allo stesso rango della sua legge di esecuzione. In senso critico rispetto all'affermazione della Corte costituzionale, contenuta nella sentenza n. 348/2007, secondo la quale le norme interposte sono norme di rango sub-costituzionale, si esprime S. M. CICCONETTI, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, 19 maggio 2008, in *http://archivio.rivistaaic.it*, che conclude «nel senso che le norme di esecuzione della CEDU, create sulla base dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 2 della L. 4 agosto 1955, n. 848, sono qualificabili come norme interposte di grado legislativo aventi la funzione di parametro in rapporto all'art. 117, comma 1, senza dover postulare, a questo fine, un loro grado gerarchico sub-costituzionale». Cfr. anche, sul punto, N. PIGNATELLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica della «interposizione» (e del giudizio costituzionale)*, in *Quad. cost.*, n. 1/2008, 140 ss.

[53] Sent. Corte cost. n. 348/2007, punto 4.5 del *Considerato in diritto*.

[54] Sent. Corte cost. n. 349/2007, punto 6.2 del *Considerato in diritto*.

[55] Sul "tipo" di interpretazione che è nella natura del giudice di Strasburgo fornire, riflette I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in *http://archivio.rivistaaic.it*, 13, che la definisce «giurisdizione di diritto concreto, basata sulla specifica fattispecie dedotta in giudizio», ed anche M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3573. Sull'interpretazione delle norme CEDU "spettante" alla Corte di Strasburgo, nota acutamente C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *http://archivio.rivistaaic.it*: «l'affermazione che la "funzione interpretativa eminente" della Corte di Strasburgo vale ai soli fini della "precisazione" di obblighi internazionali posti in capo al legislatore, mira anzitutto ad escluderne ogni "sovrapposizione" alle competenze degli organi giudiziari. E, sotto questo profilo, appare alquanto riduttiva degli effetti delle sentenze della Corte europea quali definiti dalla CEDU, i quali costituiscono il fulcro degli obblighi internazionali assunti dallo Stato». Riguardo ai rapporti tra Corte EDU, giudici nazionali e Corte costituzionale, v. anche R. CALVANO, *La Corte costituzionale e la Cedu nella sentenza n. 348 del 2007: orgoglio e pregiudizio?, in Giur. it.*, n. *3/2008*, 574 ss.

[56] Sent. Corte cost. n. 349/2007, punto 6.2 del *Considerato in diritto*.

care l'implicita accettazione che questo contenga deroghe all'ordinamento costituzionale interno»[57].

Anzi, una volta *incastonate* le norme CEDU tra quelle costituzionali e quelle ordinarie, ne deriva, sì, che esse acquistano la capacità di resistere a successive, contrarie statuizioni di legge ordinaria, ma anche la loro subordinazione a tutte le norme costituzionali (non soltanto a quelle che sanciscono principî fondamentali, come sarebbe stato in caso di riconduzione della Convenzione all'art. 11 Cost., anziché al 117 Cost.). È necessario, perciò, compiere una conversione della norma CEDU «da *parametro* in *oggetto* del giudizio di costituzionalità»[58], per accertarne la compatibilità con tutte le norme costituzionali.

Nell'operare la valutazione di legittimità della norma CEDU rispetto alle norme costituzionali, la Corte si propone d'interpretare quest'ultime alla luce della CEDU stessa, come, d'altro canto, già fatto per il passato[59]. Il carattere circolare dell'interpretazione così prospettata è da considerarsi «ormai teoricamente acquisito»[60]; eppure, in questo caso, denota, quanto meno, uno strano «slittamento di piano»[61]. La netta separazione dei due sistemi di tutela dei diritti, dalla quale il ragionamento della Corte prende le mosse, secondo un'«ispirazione formale-astratta», si colora, nel corso delle motivazioni delle due sentenze, di «elementi di connotazione assiologico-sostanziale»[62] (appunto, la valenza interpretativa della Convenzione).

La "stranezza" si spiega solo ipotizzando che la Corte si sia prefissa di modulare diversamente il suo sindacato secondo opportunità, da valutarsi, di volta in volta, alla luce della situazione complessiva dei rapporti tra l'ordinamento interno e la Convenzione, nonché tra le rispettive Corti. Altrimenti detto, la Consulta intende accedere ad un'interpretazione costituzionale conforme alla CEDU, privilegiando il metodo assiologico-sostanziale rispetto a quello formale-astratto, solo se e nella misura in cui ciò non metta a repentaglio la tenuta del sistema assiologico interno e l'integrità del ruolo della Corte stessa, quale custode della Costituzione.

Un sistema, insomma, di *vasi comunicanti* tra un'attività interpretativa sensibile al binomio Convenzione-Corte EDU e la necessità di protezione dell'identità costituzionale nazionale da norme e principî antinomici di origine esterna.

---

[57] R. DICKMANN, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'articolo 117, primo comma della Costituzione (Nota a Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348, e 24 ottobre 2007, n. 349)*, in *federalismi.it*, n. 22/2007, *www.federalismi.it*, 13.

[58] A. RUGGERI, *La CEDU*…, cit., 2.

[59] La Corte rammenta come, nei suoi precedenti, sia già «stato […] riconosciuto valore interpretativo alla CEDU, in relazione sia ai parametri costituzionali che alle norme censurate (sentenza n. 505 del 1995; ordinanza n. 305 del 2001), richiamando, per avvalorare una determinata esegesi, le "indicazioni normative, anche di natura sovranazionale" (sentenza n. 231 del 2004)». Ricorda, inoltre, come essa stessa, sempre in riferimento a norme CEDU, abbia «svolto argomentazioni espressive di un'interpretazione conforme alla Convenzione (sentenze n. 376 del 2000 e n. 310 del 1996), ovvero [abbia] richiamato dette norme, e la *ratio* ad esse sottesa, a conforto dell'esegesi accolta (sentenze n. 299 del 2005 e n. 29 del 2003), avvalorandola anche in considerazione della sua conformità con i "valori espressi" dalla Convenzione, "secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo" (sentenze n. 299 del 2005; n. 299 del 1998), nonché sottolineando come un diritto garantito da norme costituzionali sia "protetto anche dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti […] come applicato dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo" (sentenza n. 154 del 2004)» (tutti i passi riportati in questa nota sono tratti dal punto 6.1.1 del *Considerato in diritto* della sent. n. 349/2007).

[60] A. RUGGERI, *La CEDU*…, cit., 2.

[61] *Ibidem*.

[62] *Ibidem*.

4. La nettezza mostrata dal Giudice delle leggi nelle sentenze "gemelle", circa la norma costituzionale interessata dall'impatto delle norme CEDU sul nostro ordinamento - vale a dire, l'art. 117 Cost. e non l'art. 11 Cost., con le conseguenze di cui si è detto -, rischia di essere spezzata dal Trattato di Lisbona[63] ed, in ispecie, dall'adesione dell'Unione europea alla CEDU ivi prevista[64]. Essa potrebbe comportare, infatti - una volta perfezionatasi -, la "comunitarizzazione" della Convenzione, vale a dire l'"attrazione" di quest'ultima nell'ordinamento dell'Unione europea.

Si prospetta la possibilità di un notevole balzo in avanti nell'affermazione e nella penetrazione delle prescrizioni della Convenzione negli ordinamenti nazionali[65]: sembrerebbe, infatti, che tutti i cittadini europei possano invocarne la diretta applicazione dinanzi ai rispettivi giudici nazionali[66], con conseguente "sconfessione" - almeno per quanto riguarda l'ordinamento italiano - del solido impianto argomentativo elaborato dalla Corte nelle due sentenze del 2007.

Purtuttavia, questa soluzione non è nient'affatto scontata; né, d'altro canto, è possibile delineare un percorso certo ed univoco, quale esso sia. Ogni ipotesi si scontra con l'incertezza sull'effettive modalità di ratifica della Convenzione da parte dell'Unione europea.

In particolare, l'adesione potrebbe comportare obblighi soltanto per le istituzioni dell'Unione; queste, già soggette al rispetto dei diritti umani, così come sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (dotata, dallo stesso Trattato di Lisbona, di vincolatività giuridica), non ne sarebbero, in realtà, ulteriormente e diversamente "gravate".

D'altro canto, l'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti, per l'ipotesi di diritti corrispondenti tra le sue previsioni e quelle della CEDU, già impone che «il significato e la portata» dei primi siano «uguali» a quelli ad essi conferiti dalla Convenzione; senza escludere, d'altro canto, la possibilità «che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa»[67]. In caso di coincidenza, dunque, l'adesione rappresenterebbe solamente un'occasione di definizione delle competenze e dei rapporti tra le due Corti, quella di Lussemburgo e quella di Strasburgo[68]. Il valore giuridico della Convenzione, pur rispet-

[63] Le due sentenze "gemelle" sono state depositate, entrambe, il 24 ottobre 2007; il Trattato di Lisbona sarebbe stato firmato di lì a poco, il 13 dicembre 2007, per poi entrare in vigore il 1° dicembre 2009.

[64] Dall'art. 6, co. 2, TUE, così come modificato, appunto, dal Trattato di Lisbona.

[65] V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 19 dicembre 2007, in *www.europeanrights.eu*, 2, non esita a definire «una grande decisione» la scelta operata dal Trattato di Lisbona, pur consapevole del lungo cammino intercorrente tra essa e l'effettiva adesione. Grande è il pensiero che vi è sotteso, consistente «nella riaffermata convinzione che i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali hanno radici nel passato d'Europa e definiscono il suo futuro; che essi, universali per natura, hanno acquisito una consistenza ed una strutturazione specifica nell'ampia area dell'Europa; che all'interno di essa la tutela dei diritti dell'uomo non tollera confini, né zone franche o doppio standard».

[66] Cfr. M. C. VILLANI, *Op. cit.*, 19.

[67] Le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, elaborate, nella versione iniziale, sotto l'autorità del *praesidium* della Convenzione che l'aveva redatta, poi aggiornate sotto la responsabilità dello stesso e in tal guisa riportate in GU C 303 del 14 dicembre 2007, 17 ss., elencano sia gli articoli della Carta con significato e portata identici agli articoli corrispondenti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sia quegli articoli il cui significato è lo stesso, ma l'ambito di applicazione è più ampio.

[68] Come non manca di notare C. ZANGHÌ, *Op. cit.*, 6, riferendosi specificamente ai «problemi di competenza giurisdizionale fra le due Corti e dei rispettivi meccanismi di ricorso».

to alle sole istituzioni dell'Unione europea, potrebbe essere, anzi, addirittura inferiore a quello di cui già gode la Carta di Nizza[69].

Quand'anche, invece, attraverso le clausole di adesione dell'Unione europea alla CEDU, l'obbligo di rispettare la Convenzione dovesse gravare anche sugli Stati membri dell'Unione, esso rimarrebbe pur sempre limitato all'ambito di applicazione del diritto comunitario: come precisa l'art. 6, par. 2, TUE, l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali «non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati»[70].

I giudici comuni, però, intendono cogliere subito la potenzialità che la sola firma del Trattato di Lisbona, con la previsione di adesione, già lascia intravvedere, di farsi, cioè, nuovamente (dopo l'arresto determinato dalle sentenze della Corte costituzionale del 2007) giudici della Convenzione nel diritto interno. Cosicché, essi precedono ampiamente la conclusione e l'avvio stesso delle procedure di adesione, nonché ogni speculazione della dottrina unioneuropeista e costituzionalistica a riguardo, per ricorrere - alcuni di essi, almeno -, nuovamente, al binomio "applicazione diretta CEDU-disapplicazione norma interna incompatibile".

5. Successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona si riproduce, dunque, *mutatis mutandis*, la dinamica che aveva già caratterizzato la fase precedente allo stesso. Similmente, infatti, la giurisprudenza di merito "azzarda" la strada della diretta applicazione delle norme CEDU contrastanti con quelle di diritto interno; indi, la giurisprudenza costituzionale interviene a bloccare quest'andazzo.

Questa volta, sono i giudici amministrativi che adottano la «spregiudicata» soluzione[71]: trattasi, infatti, di una sentenza del TAR Lazio e di una del Consiglio di Stato. In entrambe, le norme CEDU vengono considerate beneficiarie «del medesimo statuto di garanzia delle norme comunitarie»[72], appunto in quanto comunitarizzate dalle prescrizioni del Trattato di Lisbona. I giudici ritengono superata, per esse, quella qualifica-

[69] A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in *Giustamm.It*, n. 5/2010, *www.giustamm.it*, messi a confronto i testi del par. 1 dell'art. 6 TUE, sulla Carta di Nizza, e quello dei parr. 2 e 3 dello stesso articolo, sull'adesione dell'Unione alla CEDU, evince, dalla diversità delle formulazioni adoperate, il diverso valore giuridico che il Trattato ha inteso attribuire alle due Carte. In particolare, la Carta di Nizza «acquisisce "lo stesso valore giuridico dei trattati". In tal modo diviene diritto comunitario e comporta tutte le conseguenze del diritto comunitario in termini di prevalenza sugli ordinamenti nazionali»; conseguentemente, «una legge interna che contrasta con una norma della Carta di Nizza ben potrà essere disapplicata dal giudice nazionale». L'adesione dell'Unione alla CEDU, invece, comporterà solamente l'utilizzabilità delle norme della Convenzione «quali "principi generali" del diritto dell'Unione al pari delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri». L'A. nota come, d'altro canto, l'art. 6 del TUE modificato dal Trattato di Lisbona ricorra, a riguardo, ad «una formula non certo dissimile da quella originaria del Trattato sull'Unione europea (approvata nel 1992)».

[70] Consequenzialmente, come nota A. TERRASI, *Op. cit.*, 686, 687, «per quelle violazioni che, viceversa, ricadano al di fuori di tale ambito di applicazione, il giudice nazionale dovrebbe richiamarsi all'art. 117 Cost., primo comma, con la paradossale conseguenza che il medesimo strumento convenzionale sarebbe, de facto, soggetto a due diversi regimi di applicazione in foro interno: l'uno che consente la produzione da parte delle relative norme dell'effetto di sostituzione e l'altro che, al contrario, richiede la declaratoria di incostituzionalità della norma interna eventualmente confliggente».

[71] Mutuando nuovamente l'espressione di A. COLELLA, *Op. cit.*, 52, a cui si è già fatto ricorso appunto per descrivere il comportamento dei primi giudici che avevano proceduto alla diretta applicazione delle norme CEDU, di cui si è detto, *retro*, nel testo.

[72] M. C. VILLANI, *Op. cit.*, 2.

zione di parametro interposto nel giudizio di costituzionalità che la Corte aveva indicato nell'interpretare il primo comma del nuovo art. 117 Cost.

«La Sezione deve fare applicazione dei principi sulla effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dall'art. 24 della Costituzione e dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009)»[73]: questo passo, tratto dalla pronuncia del Supremo Giudice amministrativo del 2010, non lascia davvero adito a dubbi.

Ancora più netto ci appare l'*iter* logico delineato dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio, in una pronuncia di poco successiva[74].

Questo giudice non tituba affatto nel far conseguire alla sola previsione di adesione «il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell'Unione» e, ancor più, nel trarne «immediate conseguenze di assoluto rilievo». Il giudice laziale le reputa già in atto, «in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione»[75].

Si richiama, dunque, a quell'«ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale» sui rapporti tra fonti comunitarie ed interne che ha riconosciuto, infine, al giudice comune, «di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno»[76].

Escluso, dunque, lo scrutinio della Corte costituzionale, a questa stessa il Giudice amministrativo si richiama per ricordare che «l'interpretazione centralizzata della CEDU» è stata «attribuita» - dalla sent. Corte cost. n. 349/2007 - «alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima».

Ben si avvede, questo Giudice, che, a dar seguito al suo argomentare, «si aprono […] inedite prospettive per la interpretazione conformativa, ovvero per la possibile disapplicazione, da parte di questo giudice nazionale, delle norme nazionali, statali o regionali, che evidenzino un contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»[77]. Dalla difficoltà di parificare la CEDU a qualsivoglia altro accordo internazionale[78] si balza, così - almeno nei ragionamenti di questa giurisprudenza di merito - alla sua piena equiparazione al diritto dell'Unione europea.

[73] Sent. Consiglio di Stato, sez. IV, n. 1220/2010, del 2 marzo 2010, punto 5 del *Fatto e diritto*.
[74] Sent. TAR Lazio, n. 11984, del 18 maggio 2010. Il giudice amministrativo regionale è chiamato a statuire su una richiesta di restituzione di un fondo oggetto di dichiarazione di pubblica utilità a cui non ha fatto seguito il decreto definitivo di esproprio.
[75] Sent. Tar Lazio, n. 11984/2010, punto 13 del *Considerato in diritto*.
[76] *Ibidem*.
[77] Sent. Tar Lazio, n. 11984/2010, punto 14 del *Considerato in diritto*.
[78] Su cui v. L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Dir. um. dir. int.*, 2008, 301 ss.

6. Le procedure necessarie a rendere effettiva l'adesione dell'Unione europea alla CEDU, prevista dal Trattato di Lisbona, sono lunghe e complesse[79]; il suo definitivo compimento è ancora di là da venire[80]. In questo dato fattuale ed oggettivo sta, in fondo, tutta la posizione della Corte costituzionale rispetto alla riproposta tendenza dei giudici di merito ad imputare a loro stessi l'applicazione-disapplicazione delle norme nell'ordinamento interno, in ragione della rinnovata (dal Trattato di Lisbona) base normativa dell'art. 6, par. 2, TUE.

È indubbio, cioè - come la Corte non stenta a riconoscere -, che le modifiche impresse all'art. 6 TUE dall'ultimo Trattato dell'Unione europea vadano nel senso di «una inequivoca prospettiva di rafforzamento dei meccanismi di protezione dei diritti fondamentali»[81]. Purtuttavia, rimane vero che - *sic et sempliciter* - l'adesione, pur prevista, «non è ancora avvenuta»[82]; dimodoché, la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta, allo stato - altrettanto inequivocamente e semplicemente -, ancora improduttiva di effetti. Non solo: questi, pur destinati a prodursi, non sono ancora prevedibili, nella loro effettiva portata e nel loro concreto compiersi, in quanto la loro «puntuale identificazione […] dipenderà […] dalle specifiche modalità con cui l'adesione stessa verrà realizzata»[83].

Non è, dunque, da questa fonte di tutela dei diritti - tra quelle previste dal nuovo complesso sistema - che può trarsi - al momento, almeno - una protezione certa e fondata; neppure è possibile, ancora, ricondurre l'applicazione della CEDU

---

[79] Sul Progetto rivisto di Accordo di adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, approvato il 5 aprile 2013, e, soprattutto, sugli ulteriori, molteplici passaggi necessari al perfezionamento dell'adesione, v. S. NEGRI, *La realizzazione dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia tra Carta dei diritti fondamentali e CEDU: dalla convergenza alla integrazione tra sistemi?*, in A. DI STASI (a cura di), *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, 2014, 130 ss., e, più recentemente, M. PARODI, *Diritti umani Vs Autonomia? Il parere 2/13 della Corte di giustizia dell'UE sull'adesione dell'UE alla Cedu*, in *federalismi.it*, n. 3/2016, www.federalismi.it, 2 ss. Si ricorda, in proposito, che la Corte di giustizia si è pronunciata, con un parere, sul Progetto di accordo di adesione dell'UE alla CEDU, il 18 dicembre 2014. In questa sede, ha rilevato la sussistenza di vari «problemi quanto alla sua compatibilità con il diritto dell'UE», in particolare con l'articolo 6, par. 2, TUE, e con il relativo Protocollo n. 8. La Corte, pertanto, ha chiesto di apportare modifiche atte a superare tale ostacolo, relative, in particolare, ai seguenti aspetti: «primato del diritto dell'Unione in relazione alla possibilità conferita dall'articolo 53 della Carta per quanto riguarda diritti fondamentali più forti nelle costituzioni degli Stati membri; fiducia reciproca tra gli Stati membri, in particolare nel settore della libertà, della sicurezza e della giustizia; relazione con il nuovo protocollo addizionale n. 16 alla CEDU; mantenimento della competenza esclusiva della Corte di giustizia dell'Unione europea nella decisione sulle controversie tra Stati membri concernenti l'interpretazione o l'applicazione dei trattati; taluni aspetti della procedura dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo riguardanti l'Unione europea; tutela giudiziaria nel settore della politica estera e di sicurezza comune», come può leggersi in COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Relazione 2014 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bruxelles, 8 maggio 2015, COM (2015) 191, 12.

[80] M. PARODI, *Op. cit.*, 48, conduce un'accurata ricostruzione delle procedure sull'adesione. A conclusione, all'A., «il riavvio del negoziato», necessario al compimento dell'Accordo di adesione dell'UE alla CEDU, appare «quanto mai incerto». Da ultimo, sullo "stallo" delle procedure di adesione, v. D. PELLEGRINI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU oltre il parere 2/13 CGUE*, in *federalismi.it*, n. 17/2016, *www.federalismi.it*, 2 ss.

[81] Sent. Corte cost. n. 80/2011, punto 5.2 del *Considerato in diritto*, sulla quale v. A. RANDAZZO, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, *www.giurcost.org*.

[82] Sent. Corte cost. n. 80/2011, punto 5.3 del *Considerato in diritto*.

[83] *Ibidem*.

nell'ordinamento interno all'art. 11 Cost. Questo è quanto, in buona sostanza, la Corte costituzionale afferma nella sentenza n. 80/2011.

La questione della riconducibilità della CEDU all'art. 11 Cost., invero - come si è visto -, era già stata affrontata e risolta negativamente dalle sentenze "gemelle"; purtuttavia, in quest'ultima pronuncia[84] - «autentica *summa*», com'è stata definita, «del pensiero della Corte in tema di rapporti interordinamentali, sia con la CEDU che col diritto dell'Unione»[85] -, non poteva non riproporsi il tema. La Corte, pertanto, ripercorre le ragioni per le quali aveva escluso, con la sent. n. 349 del 2007 - prima, dunque, della previsione di adesione -, la rapportabilità della CEDU all'art. 11 Cost. e, con essa, «la spettanza al giudice comune del potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti con la Convenzione»[86].

Il Giudice delle leggi non manca, però, di affrontare la *quaestio* CEDU-art. 11 Cost. anche sugli altri possibili versanti; se, cioè, alle norme della Convenzione si possa riconoscere rango costituzionale (derivante dall'art. 11 Cost., e non sub-costituzionale, derivante dall'art. 117, co. 1, Cost.) oltre e prima della sua "comunitarizzazione", vale a dire in ragione del richiamo effettuato ad essa dagli altri due paragrafi del novellato art. 6 TUE.

In ordine, in particolare, all'art. 6, par. 3, TUE[87], vale a dire alla "pretesa" di diretta applicazione delle norme della Convenzione in quanto principî generali del diritto dell'Unione europea, la Corte rileva la lievità del mutamento apportato dal Trattato di Lisbona alla versione originaria (il precedente par. 2 dell'art. 6 TUE), tale da non indurne una differente lettura. «Si tratta» - si rileva nel *Considerato in diritto* della sentenza in parola - «di una disposizione che riprende […] lo schema del previgente paragrafo 2 dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea: evocando, con ciò, una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona […]. Rimane, perciò, tuttora valida la considerazione per cui i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell'Unione) è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale»[88].

Ce n'è anche per la prescrizione dell'art. 6, par. 1, TUE, con il medesimo stile "scontato" di argomenti già adoperati (nella stessa giurisprudenza costituzionale o in quella di altre Corti) e, tra le righe, può leggersi la bacchettatura ai giudici di merito che, consapevolmente, colgono l'occasione del Trattato di Lisbona per forzare

[84] Non si tratta, invero, della prima sentenza con la quale la Corte affronta il rapporto tra CEDU ed ordinamento interno, dopo quelle del 2007, ma è la più significativa dopo le pronunce del giudice amministrativo che hanno cercato di riportare sul giudice di merito "la barra" dell'applicazione diretta della Convenzione nel diritto interno. Sulle altre pronunce ed, in particolare, sulle sent. n. 39 del 2008, nn. 311 e 317 del 2009 e nn. 187 e 196 del 2010, con le quali la Consulta ha confermato la posizione assunta nel 2007, riguardo sia alla qualificazione della CEDU quale fonte interposta tra Costituzione e legge ordinaria, sia al riconoscimento della centralità dell'interpretazione delle norme della Convenzione fornita dalla Corte EDU, v. F. POLACCHINI, *Cedu e diritto dell'Unione europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Consulta Online*, 2010, *www.giurcost.org*, par. 7.

[85] A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in *forum Quad. Cost. Rass.*, 2011, *www.forumcostituzionale.it*, 1.

[86] Sent. Corte cost. n. 80/2011, punto 5.1 del *Considerato in diritto*.

[87] Art. 6, par. 3, TUE: «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

[88] Sent. Corte cost. n. 80/2011, punto 5.4 del *Considerato in diritto*.

l'interpretazione di testi normativi che rimangono, invece, sostanzialmente uguali a se stessi.

La Corte, infatti, osserva anche che l'art. 6, par. 1, TUE, stabilisce la non estensione, «in alcun modo», delle competenze proprie dell'Unione, a seguito delle disposizioni della Carta di Nizza, a cui, contestualmente, viene attribuito «lo stesso valore giuridico dei Trattati»; ancora, ricorda come si esprima, in tal senso, anche la Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona, nonché la stessa Carta dei diritti all'art. 51. Pertanto, si può escludere, «con ogni evidenza, che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima […] che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona […]»[89]. Tale esclusione sarebbe stata ribadita, con analoga nettezza, nella sentenza n. 210/2013, trattandosi, nel caso di specie, di «pena applicabile a fatti di omicidio e di tentato omicidio», che «rientra a tutt'oggi tra le competenze esclusive degli Stati, da esercitare conformemente agli obblighi discendenti dalla CEDU, senza però che la Carta [dei diritti fondamentali dell'Unione europea] possa giocare qui alcun ruolo»[90]; sicché, per la Consulta, «non siamo di fronte ad una fattispecie riconducibile al diritto comunitario» e, pertanto, «non vi è spazio per un'eventuale disapplicazione da parte del giudice ordinario»[91].

7. Viene arrestata, dunque, con la sentenza costituzionale n. 80 del 2011, la rinnovata ondata di applicazione diretta delle norme CEDU contrastanti col diritto interno. La giurisprudenza ordinaria si attesta sulla proposizione della questione di legittimità costituzionale *ex* art. 117, co. 1, Cost.[92], pur nei soli casi in cui l'interpretazione della norma interna conforme alla disposizione internazionale non consenta di superare

[89] Sent. Corte cost. n. 80/2011, punto 5.5 del *Considerato in diritto*. La conclusione del ragionamento dispiegato dalla Consulta, coerentemente, è che «restano, per converso, pienamente attuali i principi al riguardo affermati […] a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007», ricordando che essi, «del resto», sono stati «reiteratamente ribaditi dalla Corte stessa anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenze n. 1 del 2011; n. 196, n. 187 e n. 138 del 2010)» (*ivi*, punto 5.6 del *Considerato in diritto*). A. RUGGERI, *La Corte*…, cit., 5, si esprime nel senso di una «perdurante, secca esclusione della "copertura" fatta alla Convenzione dall'art. 11 cost.». L'A. ritiene, a riguardo, che, «se la Corte, in questa così come in altre occasioni, avesse portato a galla le implicazioni che, numerose e dense, si hanno tra gli enunciati di valore e sostantivi in genere della Carta costituzionale, così come tra questi e quelli della parte organizzatoria (e, tra di essi, il I c. dell'art. 117), avrebbe potuto rivedere sotto una luce diversa la collocazione della CEDU in ambito interno, la sua attitudine ad innalzarsi, per effetto della "copertura" offerta dagli artt. 2 e 3 ancora prima degli artt. 10 ed 11 (e, comunque, nel loro fare "sistema" con essi), dalla condizione di fonte "subcostituzionale", una condizione riconosciuta come invariante pur nel variare delle *norme*, della loro attitudine a servire a un tempo i valori e i beni della vita evocati dal caso ed a prestarsi - almeno in talune congiunture - ad esser subito applicate al caso stesso» (*ivi* 7, 8).

[90] E. LAMARQUE, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola. Ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo (Nota a C. cost. n. 210/2013)*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2014, *www.dirittopenalecontemporaneo*, 7.

[91] Sent. Corte cost. n. 210/2013, punto 5 del *Considerato in diritto*.

[92] Per «una serie, seppure più circoscritta, di pronunce che, in maniera più o meno diretta, si pongono in contrasto con le affermazioni del giudice delle leggi» risalenti alle sentenze "gemelle", v. I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in *http://archivio.rivistaaic.it*, 31-35.

l'apparente contrasto, come indicato dalla Consulta con la sentenza n. 239 del 2009[93] ed in richiamo di quanto peraltro già affermato con le sentenze "gemelle"[94].

Piuttosto, la Corte mostra una «crescente insofferenza […] di fronte al proliferare» di tali questioni di legittimità ed anche le relative pronunce di accoglimento mostrano «il tentativo […] di *ridimensionare l'importanza* - dunque, in definitiva, di porre in dubbio la vincolatività per l'ordinamento italiano - delle indicazioni provenienti da Strasburgo»[95].

In effetti, il serrato vincolo ermeneutico con cui le sentenze "gemelle" ed altre, ad esse vicine nel tempo (in particolare, la sent. n. 39/2008[96]), sembravano aver astretto

[93] Dal punto 3 del Considerato in diritto della sent. Corte cost. n. 239 del 2009: «…in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa». «Tuttavia», rileva G. PARODI, *"Le sentenze della Corte EDU come fonte di diritto". La giurisprudenza costituzionale successiva alle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007*, 28 novembre 2012, in *Diritti Comparati*, *www.dirittocomparati.it*, «nella giurisprudenza costituzionale sulla CEDU, l'invito a procedere ad interpretazione adeguatrice è di norma accompagnato dalla indicazione della necessità di rispettare il limite testuale, nell'ambito dell'utilizzo […] di tutti i "*normali* strumenti di ermeneutica giuridica"», quasi a voler «contenere» lo sviluppo del sindacato diffuso rispetto alle norme convenzionale; «comprensibilmente» - commenta l'A. - «anche in considerazione della vastità di tale parametro, applicabile in via generale alla tutela dei diritti fondamentali, nelle innumerevoli interpretazioni della Corte EDU». A commento della sentenza *de qua*, v. nota di A. SCARCELLA, *Confisca dei terreni e delle aree abusivamente lottizzate e potere-dovere interpretativo del giudice: considerazioni a margine della sent. n. 239 del 2009 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2009, 3015 ss.

[94] Le quali, difatti, sono entrambe richiamate nella sentenza n. 239 del 2009. Al punto 3 del *Considerato in diritto*, lo è, in particolare, la sent. n. 349/2007, nel seguente passaggio: «"al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme e qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte delle relative questioni di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma" Cost. (sentenza n. 349 del 2007, par. 6 del *Considerato in diritto*; analogamente sentenza n. 348 del 2007, par. 5 del *Considerato in diritto*)». Su questo aspetto, dunque, già fissato dalle sentenze costituzionali del 2007, cfr. E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in *Corte Costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici. Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009*, Milano, 2010, 110.

[95] F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche. Corte costituzionale italiana e Corte europea tra "guerra" e "dialogo"*, in S. SONELLI (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Torino, 2015, 224. L'A. passa, dunque, ad indicare le tecniche «di "distanziamento"» a tal fine adottate dalla Corte costituzionale (*ivi*, 224-226). Delle tecniche di emancipazione dal vincolo interpretativo della Corte europea nella giurisprudenza costituzionale (in particolare, della tecnica del "*distinguish*", del criterio della "tutela più intensa" e di quello della selezione e valutazione della sola "sostanza" della giurisprudenza della Corte EDU) tratta anche F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in *federalismi.it*, n. 7/2016, *www.federalismi.it*, 6 ss. L'A. spiega la parziale sottrazione della giurisprudenza nazionale ai precetti convenzionali operata dalle "gemelle *bis*" in ragione della natura della CEDU, costituita da «disposizioni a maglie larghe, da clausole generali e da norme di principio», a cui consegue una scarsa prevedibilità dell'«impatto delle decisioni dei giudici europei sui diritti fondamentali previsti dalla Cedu nei confronti della giurisprudenza nazionale» (*ivi*, 8).

[96] Con cui la Consulta - ricorrendo alla «tecnica di citazione manipolativa del precedente», in virtù della quale fa dire alle sentenze del 2007 «quanto in realtà» in esse «non si diceva» (O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in *forum Quad. Cost. Rass.*, 2009, *www.forumcostituzionale.it*) - ha attribuito alla Corte di Strasburgo non più una «funzione interpretativa eminente» delle norme della CEDU (come da sent. n. 349/2007, punto 4.6 del *Considerato in diritto*), bensì esclusiva ed incondizionata. Per farlo, ricorre ad espressioni "forti", come «soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo», ove intende la "soggezione" come una «peculiarità» delle norme CEDU nell'ambito della categoria delle norme interposte; sicché, all'interpretazione della Corte di Strasburgo «gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi» (punto 5 del *Considerato in diritto*). Lo

tanto la stessa Corte costituzionale che tutta la giurisdizione nazionale, rispetto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo - alimentando anche le preoccupazioni di certa dottrina[97] -, nell'evoluzione successiva, va a mano a mano depotenziandosi. Eppure, questo svolgimento non può considerarsi come uno "stacco" dalle due pronunce del 2007, quanto, piuttosto, lo sviluppo di «taluni anticorpi»[98] che le stesse portavano in sé.

Cosicché, con la sentenza n. 303 del 2011 - preceduta, invero, dalla sent. n. 236/2011[99], ma con toni meno chiari e più cauti -, la Corte giunge a fissare un principio (apparentemente) alquanto differente da quello precedentemente adottato con le sentt. nn. 348 e 349 del 2007. A fronte, cioè, della precedente "blindatura" dell'opera interpretativa della Corte EDU, il Giudice delle leggi ora afferma che esso stesso ed, ovviamente, i giudici comuni non possono prescindere *solo* dal rispetto sostanziale della giurisprudenza di Strasburgo. Entro questo perimetro, però, è possibile interpretare la disposizione della CEDU, facendo uso di un certo margine di apprezzamento e di ade-

stringente vincolo interpretativo che la Corte si autoimpone ed impone ai giudici comuni viene poi rimarcato in alcune decisioni successive. Così, nella sentenza n. 311/2009, si legge, al punto 6 del *Considerato in diritto*, che alla Corte «è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve», e, nella sentenza n. 317/2009, al punto 7 del *Considerato in diritto*, viene ribadito che la Corte costituzionale «non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, con ciò uscendo dai confini delle proprie competenze, in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione (sentenza n. 311 del 2009)». Analoga espressione, seppur per inciso e più succintamente, si rinviene al punto 4 del *Considerato in diritto* della sent. n. 93/2010. Sulle "gemelle *bis*" (appunto le sentt. nn. 311 e 317 del 2009, coppia a firma degli stessi redattori del precedente e più famoso paio del 2007), v. A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in *forum Quad. Cost. Rass.*, 2009, *www.forumcostituzionale.it*, 1 ss., R. CONTI, *Corte Costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all'orizzonte*, in *Corr. giur.*, n. 5/2010, 624 ss., O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. eur.*, n. 1/2009, 1 ss., E. DICKMANN, *La legge di interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU? (Nota a Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311)*, in *federalismi.it*, n. 24/2009, *www.federalismi.it*, 1 ss.

[97] Per tutti, v. M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella «morsa» delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, n. 1/2008, 596. L'A. teneva «sullo sfondo la questione, ben più generale, di una corsa giurisprudenziale apparentemente inarrestabile nella creazione del diritto sovranazionale, cui si contrappone la debolezza dei processi di integrazione politica "parlamentare", o comunque di rappresentanza democratica, attorno ai quali il costituzionalismo classico ha elaborato le fondamenta dello Stato di diritto». Indi, esprimeva preoccupazione per un «"parametro convenzionale"» che andava inverandosi «nell'ordinamento nazionale attraverso le vincolanti sentenze dichiarative di Strasburgo, con le quali si crea il diritto in forma giurisdizionale» e che il giudice comune era «tenuto ad assumere in conto»; «lo "scacco" alla libertà interpretativa» era, in tale modo, «considerevole» (*ivi*, 615). A simili perplessità si contrapponevano, invero, acquisizioni serene del nuovo corso dei rapporti tra le giurisprudenze in questione: in questo senso, v. F. SORRENTINO, *Apologia delle "sentenze gemelle" (Brevi note a margine delle sentenze n. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 349, al quale la libertà interpretativa del giudice non appariva affatto messa a repentaglio dal valore riconosciuto all'interpretazione della Corte di Strasburgo, in quanto «quella libertà non è minimamente intaccata allorché si definiscono con legge i criteri interpretativi cui [il giudice] deve attenersi sia nell'interpretazione delle norme interne sia in quella delle norme appartenenti a diversi ordinamenti».

[98] F. GIUFFRÈ, *Op. cit.*, 6.

[99] Difatti richiamata dalla sent. Corte cost. n. 303/2011. Riguardo ad essa, v. T. GIOVANNETTI, P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto internazionale*, in R. ROMBOLI (*a cura di*), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, 2014, 388, 389.

guamento, sì da calibrare l'attività ermeneutica sulle peculiarità dell'ordinamento nazionale[100].

In realtà, questo principio, almeno in potenza, era già nelle sentenze "gemelle". In specie la sentenza n. 348/2007, affermato che «le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea», si affretta ad «escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali»; questo dovrà «ispirarsi», piuttosto, «al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione»[101].

Com'è stato osservato, in quest'ultima affermazione della Consulta, vi è già la «riserva di modulare l'intensità del vincolo derivante dalla Convenzione e dalla giurisprudenza della Corte EDU», al fine di adattare gli indirizzi ermeneutici in cui esso consiste «al peculiare contesto nazionale a cui in concreto vanno riferiti»[102]. Essa avrebbe trovato piena esplicazione negli anni successivi, nel seguito giurisprudenziale: per l'appunto, nella sentenza n. 303 del 2011, com'anche in una più recente e significativa pronuncia, la n. 49/2015[103] (seguita, nello stesso anno, dalla sent. n. 187, che la conferma), in cui si

[100] Dopo aver richiamato i principî fissati con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, nella sentenza n. 303/2011, la Corte, infatti, precisa: «se questa Corte non può prescindere dall'interpretazione della Corte di Strasburgo di una disposizione della CEDU, essa può, nondimeno, interpretarla a sua volta, beninteso nel rispetto sostanziale della giurisprudenza europea formatasi al riguardo, ma "con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi (sentenza n. 311 del 2009)" (sentenza n. 236 del 2011)» (punto 4.2 del *Considerato in diritto*). Ben potrà, cioè, valutare «come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza» (sentenza n. 317 del 2009)» (punto 4.2 del *Considerato in diritto*). V., a commento della sentenza *de qua*, R. ROMEI, *Il bilanciamento delle conseguenze dell'illegittima apposizione del termine dinanzi alla Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 1/2012, 555 ss. Invero, l'importante riferimento al margine di apprezzamento era stato "anticipato" dalla Corte nella sent. n. 311/2009 (richiamata, difatti, al punto 4.2 del *Considerato in diritto*, *supra* riportato). Nel commentare la sentenza del 2009, O. POLLICINO, *Margine*…, cit., 3, nota, in effetti, che da essa emerge «una valorizzazione assai significativa […] del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri, ed agli stessi giudici costituzionali, per la prima volta così chiaramente richiamato dalla Corte costituzionale»; essa sembra «potersi spiegare», nella valutazione dell'A., «come una diretta risposta alla rinnovata aggressività caratteristica della nuova stagione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo che sembra curarsi oggi molto meno di un tempo delle peculiarità proprie delle identità nazionali, anche costituzionali, degli Stati membri».

[101] Punto 4.7 del *Considerato in diritto* della sent. Corte cost. n. 348/2007.

[102] F. GIUFFRÈ, *Op. cit.*, 7.

[103] Su cui v., *ex plurimis*, F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015, *www.dirittopenalecontemporaneo*, 333 ss., M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015, *www.dirittopenalecontemporaneo*, 288 ss., A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015, *www.dirittopenalecontemporaneo*, 325, V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2015, *www.dirittopenalecontemporaneo*, 1 ss., R. CONTI, *La CEDU assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in *Consulta Online*, n. 1/2015, *www.giurcost.it*, 181 ss., G. CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Archivio Penale*, n. 1/2015, *www.archiviopenale.it*, 1 ss., G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015, *www.dirittopenalecontemporaneo*, 303 ss., D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *forum Quad. Cost. Rass.*, n. 4/2015, *www.forumcostituzionale.it*, 1 ss., V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte euro-*

arriva ad affermare «il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»[104] o, se si vuole, ad adottare un certo «"patriottismo" costituzionale»[105].

Anche in questa pronuncia del 2015, la n. 49, alfine, la Corte ribadisce «quanto affermato, fin dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, ovvero che alla Corte di Strasburgo compete di pronunciare la "parola ultima" in ordine a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli»[106]. Ma precisa, in un chiaro passaggio, che «il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla "giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente" (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), "in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza" (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011), fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (sentenze n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009)[107].

È, pertanto, solo un "diritto consolidato"[108], generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo»[109]. È questo il punto di convergenza, nel ragionamento della Corte, dell'art. 117, co. 1, Cost., e dell'art. 101, co. 2, Cost.

---

pea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione, 18 magio 2015, in *Osservatorio costituzionale, www.osservatorioaic.it*, 1 ss., N. COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, in *Riv. OIDU*, 2015, *www.rivistaoidu.net*, 555 ss., D. RUSSO, *Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2015, *www.osservatoriosullefonti.it*, 1 ss., G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *forum Quad. Cost. Rass.*, 2015, *www.forumcostituzionale.it*, 1 ss.

[104] Punto 4 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 49/2015, che, peraltro, esplicitamente richiama le sentt. nn. 349 e n. 348 del 2007 (in quest'ordine), accanto alle espressioni riportate, virgolettate, nel testo.

[105] Si mutua l'espressione adoperata, ma in senso critico nei confronti delle conclusioni a cui la Corte è giunta nella sentenza in parola, da A. RUGGERI, *Fissati*…, cit., 330. L'A. ritiene, infatti, che questa pronuncia si faccia «portatrice di un nazionalismo costituzionale esasperato, di un "patriottismo" costituzionale altrove definito "ingenuo ed infecondo" [dallo stesso A., in *CEDU, diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in *Consulta OnLine*, 19 aprile 2013, *www.giurcost.it*, 13]» (*ibidem*).

[106] Punto 7 del *Considerato in diritto* della sent. Corte cost. n. 49/2015.

[107] Anche al margine di apprezzamento aveva già fatto riferimento la sent. n. 348/2007, al punto 5.7 del *Considerato in diritto*, sebbene "in sordina" e solo in un breve passaggio a conclusione della motivazione, come nota D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Quad. cost.*, n. 1/2008, 136. La Corte fa presente che «esiste la possibilità di arrivare ad un giusto mezzo, che possa rientrare in quel "margine di apprezzamento", all'interno del quale è legittimo, secondo la costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che il singolo Stato si discosti dagli standard previsti in via generale dalle norme CEDU, così come interpretate dalle decisioni della stessa Corte. Ciò è conforme peraltro a quella "relatività dei valori" affermata, come ricordato sopra, dalla Corte costituzionale italiana». L'A. citato, *Ibidem*, osserva in proposito che, «se è vero che il margine rappresenta la discrezionalità riconosciuta agli Stati membri e il ruolo quindi sussidiario della Corte di Strasburgo, è altrettanto vero che esso non è illimitato visto che la Corte di Strasburgo lo sottopone sempre e comunque al proprio controllo, pronta a dichiarare che il rimedio statale costituisce una violazione della Cedu. È evidente dalle parole usate dalla Corte costituzionale che sarà il giudice costituzionale a padroneggiare questa spinta eguale e contraria potendo così propendere per un'interpretazione costituzionale conforme alla Cedu a seconda delle esigenze e delle sensibilità». In argomento, v. anche F. BILANCIA, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il "margine di apprezzamento" statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2009, 4772 ss.

[108] Cosa debba intendersi per "diritto consolidato", in tale contesto, e se debba distinguersi dal "diritto vivente", viene chiarito da G. SORRENTI, *Sul triplice*…, cit., 3 ss., a cui si rinvia.

[109] Sent. Corte cost. n. 49/2015, punto 7 del *Considerato in diritto*.

Se è vero, infatti, che «il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo», è funzionale ad «uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali» e poggia «sull'art. 117, primo comma, Cost.»[110], è altrettanto vero (ed incidente nei rapporti tra diritto interno e norme convenzionali, tra sistema giudiziario italiano e Corte EDU) che il giudice deriva dall'art. 101, co. 2 Cost., quella soggezione soltanto alla legge per la quale «nessun'altra autorità» può dargli «ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto»[111].

Lo stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali «deve», dunque, «coordinarsi con l'art. 101, secondo comma, Cost.[112], nel *punto di sintesi* tra autonomia interpretativa del giudice comune e dovere di quest'ultimo di prestare collaborazione, affinché il significato del diritto fondamentale cessi di essere controverso»[113]. Ecco, quel *punto* sta, secondo la rinnovata visione che la Corte fornisce dei rapporti - sul "piano dell'interpretazione" - tra le due giurisdizioni, nel *diritto consolidato*.

I giudici nazionali, insomma, devono necessariamente acquisire l'interpretazione della Corte di Strasburgo (solo) se e quando consolidatasi: la ricezione di questa nel diritto interno vale, infatti, a soddisfare quella «primaria esigenza di diritto costituzionale»[114] che insiste sui rapporti intersistemici, consistente nel raggiungimento della stabilità interpretativa sui diritti fondamentali.

E tanto vale, nei confronti del giudice nazionale, sia nell'opera preliminare di questi, volta a «superare eventuali contrasti [della norma individuata a Strasburgo] rispetto ad una legge interna» (da svolgersi ricorrendo ad «ogni strumento ermeneutico a sua disposizione»), sia - qualora quest'operazione interpretativa non si renda possibile - nel ricorrere «all'incidente di legittimità costituzionale». Anche questo, a sua volta ed «in linea di massima», assumerà quel «risultato oramai stabilizzatosi della giurisprudenza europea» quale norma interposta, «salva l'eventualità eccezionale di una verifica negativa circa la conformità di essa, e dunque della legge di adattamento, alla Costituzione» (verifica che, correttamente, la Corte rivendica a sé)[115].

Se, invece, non si è (ancora) consolidato alcun diritto giurisprudenziale convenzionale, l'indipendenza interpretativa del giudice nazionale rimane piena rispetto all'attività ermeneutica di Strasburgo: in quest'ipotesi e salvo che «si tratti di una "sentenza pilota"»[116], «non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia»[117]. In particolare, se ricade comunque sul «giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU», egli rimane pur sempre «subordinato al priori-

[110] *Ibidem*.

[111] Quest'ultima espressione virgolettata, tratta anch'essa dal punto 7 del *Considerato in diritto* della sent. Corte cost. n. 49/2015, consiste in un richiamo di formule già adoperate in alcuni precedenti, precisamente nella sent. n. 40/1964 ed, in seguito, nella sent. n. 234/1976.

[112] D. TEGA, *La sentenza*…, cit., 2, ritiene «ricostruito» dalla Corte, nella sent. n. 49/2015, «un inedito "combinato disposto" tra l'art. 101, secondo comma […], e l'art. 117, primo comma, Cost.», notando, peraltro, che il primo dei due articoli costituzionali richiamati non era stato «invocato tra i parametri dalle ordinanze di rimessione».

[113] Corsivo nostro. Dal punto 7 della sentenza Corte cost. n. 49/2015.

[114] *Ibidem*.

[115] Anche i vari passi da ultimo citati sono tratti dal punto 7 della sentenza Corte cost. n. 49/2015.

[116] Si rinvia, per specificazioni su questa tipologia di sentenze, alla nota redazionale, *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: la procedura della sentenza pilota*, *2 gennaio 2011*, in *www.duitbase.it*.

[117] Corte cost. n. 49/2015, punto 7 del *Considerato in diritto*.

tario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007)»[118].

Fa, invece, "ipotesi a sé" l'eventualità, pure contemplata dalla sent. n. 49/2015, che il giudice nazionale torni ad occuparsi della causa già definita dalla Corte di Strasburgo con una pronuncia alla quale egli dovrà dare necessariamente corso, «quando necessario, perché cessino, doverosamente, gli effetti lesivi della violazione accertata (sentenza n. 210 del 2013)»[119]. Né questa necessità potrà dirsi lesiva dell'indipendenza del giudice *ex* art. 101, co. 2, Cost., in quanto, nel descritto caso, «"la pronunzia giudiziaria si mantiene sotto l'imperio della legge anche se questa dispone che il giudice formi il suo convincimento avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza emessa nella stessa causa" (sentenza n. 50 del 1970)»[120].

Considerati tutti i casi, sembrerebbe, dunque, confermato che i due principali risultati perseguiti, con questa pronuncia, dai giudici della Consulta si accreditano entrambi come gemmazione delle due sentenze del 2007.

Innanzitutto, la limitazione del vincolo ermeneutico del giudice comune al solo *diritto consolidato* chiarisce, se non sviluppa, la formula "come interpretata dalla Corte eu-

[118] Corte cost. n. 49/2015, punto 4 del *Considerato in diritto*.

[119] Corte cost. n. 49/2015, punto 7 del *Considerato in diritto*. «Nella sentenza n. 210/2013» - che la sent. n. 49/2015 richiama sul punto -, la Corte costituzionale aveva avallato, seppur implicitamente, «*la non applicazione* da parte della Cassazione penale *della normativa nazionale* che [aveva] dato luogo ad una condanna dello Stato italiano nel caso *Scoppola*, come veicolo di esecuzione della sentenza europea nei confronti dello stesso ricorrente…» (i primi due corsivi nostri): così S. SONELLI, *La CEDU nel quadro di una tutela multilivello dei diritti e il suo impatto sul diritto italiano: direttrici di un dibattito*, in ID., (a cura di), *La convenzione*…, cit., 17. Il giudice nazionale, per questa ipotesi, era intervenuto, *ex* art. 46 CEDU, in attuazione degli obblighi dello Stato, che, in tale articolo, è inteso (e vincolato) in tutte le sue articolazioni e poteri, compresi, dunque, anche gli organi giudiziari. In ordine ai casi analoghi sui quali non fosse intervenuta una pronuncia della Corte europea, rimaneva fermo, invece, per il giudice interno, l'obbligo, già chiaramente fissato nelle sentenze "gemelle", di sollevare questione d'illegittimità costituzionale *ex* art. 117, co. 1 Cost., fallito il tentativo di un'interpretazione conforme alla Convenzione. In questa seconda ipotesi, salvo l'intervento del legislatore, sarebbe intervenuta, pertanto, se del caso, «la caducazione della norma nazionale confliggente con effetti *erga omnes* in sede di sindacato di costituzionalità» (*ivi*, 18). In proposito, E. LAMARQUE, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute*…, cit., 20, notano il formarsi, con la sent. n. 210/2013, di un «doppio binario», a determinare «uno slittamento rispetto al modello delle sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 2007, dove l'accentramento delle questioni di convenzionalità presso la Corte costituzionale non sembrava passibile di alcuna, neppure limitatissima, eccezione». In effetti, proprio alla sent. n. 210/2013 «opera un fugace - ma denso di implicazioni - richiamo» (A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2014, *www.penalecontemporaneo.it*, 262) il Tribunale di Roma (Tr. Roma, Sez. I civ., ord. 23 settembre 2013), nel dare attuazione alla sentenza della Corte EDU sul caso *Costa Pavan v. Italia* (ric. n. 54270/10, sent. 28 agosto 2012), nei confronti degli stessi ricorrenti ed in disapplicazione della legge n. 40/2004. Il giudice romano procede alla disapplicazione «senza neppure tentare di presentare la propria soluzione sub specie di interpretazione convenzionalmente conforme, magari facendo appello alla dottrina più audace al riguardo; o valorizzando profili del caso concreto che avrebbero, forse, reso sufficiente allo scopo l'interpretazione estensiva del concetto di infertilità» (*Ivi*, 259). Orbene, la sent. n. 49/2015, riafferma che la libertà interpretativa del giudice viene limitata dalla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui tale giudice torna ad occuparsi ed anche, sempre, dalle sentenze pilota: così R. CONTI, *La CEDU*…, cit., 183, che non manca, però, di notare «qualche margine di ambiguità» nel riferimento alla sent. n. 210/2013, in quanto questa aveva deciso «un caso in cui il giudice nazionale era chiamato ad estendere gli effetti favorevoli prodotti da una sentenza della Corte dei diritti umani originata da un ricorso al quale lo stesso non aveva preso parte ma che riguardava una vicenda identica a quella scrutinata dalla Corte di Strasburgo» (*ivi*, 183, nota n. 4).

[120] Corte cost. n. 49/2015, punto 7 del *Considerato in diritto*.

ropea", adoperata dalle sentenze "gemelle"[121] in rifermento alla norma convenzionale; formula, invero, portatrice di qualche ambiguità - segnalata, peraltro, in dottrina[122] - meritevole di essere dissolta. A sua volta, la correlata e basilare affermazione del *predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU* si propone come una conseguenza, quasi un'applicazione, del «rango sub-costituzionale»[123] riconosciuto da quegli storici precedenti giurisprudenziali alla norma della Convenzione, quale «"norma interposta"»[124].

In ogni caso, rimane depotenziato il ruolo della Corte EDU innanzitutto rispetto alla Carta costituzionale e, conseguentemente, rispetto alla Corte costituzionale ed al giudice nazionale. A questi, in particolare, è rimessa la scelta sull'operatività o meno della CEDU tutte le volte in cui non riscontri una giurisprudenza consolidatasi a Strasburgo; in tale ipotesi, anzi, egli dovrà provvedere alla «reinterpretazione del precedente isolato in chiave costituzionale e convenzionale»[125]. E sempre il giudice nazionale provvede alla disapplicazione della norma interna contrastante con la CEDU, nell'ipotesi in cui venga investito dello stesso caso definito con sentenza dal Giudice della Convenzione.

Alfine, «la Corte costituzionale non sarà più investita di alcun sindacato, dovendo la partita giocarsi tutta sul versante del giudice comune, al quale viene riservato lo "scettro" attraverso il quale governare le interpretazioni»[126]. Se sarà così, lo sarà, però, per volere della stessa che, al fine di operare un deciso contenimento ed un chiaro ridimensionamento, rispettivamente, della mole[127] e dell'importanza[128] delle questioni che originano da Strasburgo, si caduca del ruolo principale in questo "dialogo" tra Cor-

[121] La formula si rinviene, in particolare, al punto 3.3 del *Considerato in diritto* della sent. n. 348/2007 ed al punto 8 del *Considerato in diritto* della sent. n. 349/2007.

[122] In ragione dell'assimilabilità della produzione giurisprudenziale della Corte EDU a quella tipica del *common law*, mentre la formula «come interpretata dalla Corte europea», adottata dalle sentenze "gemelle", «sembrava riflettere la convinzione che si trattasse di una giurisprudenza simile a quella della Corte di Cassazione, che, quando enuncia un principio di diritto lo definisce in termini non dissimili da come farebbe una legge, per sua natura generale e astratta»: così V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015*..., cit., 3.

[123] Sent. Corte cost. n. 348/2007, punto 4.5 del *Considerato in diritto*, ma anche punto 4.7 per la formula «livello sub-costituzionale».

[124] Sent. Corte cost. n. 349/2007, punto 6.2 del *Considerato in diritto*. Suggestiva la figura a cui ricorre R. CONTI, *La CEDU*…, cit., 181, nel descrivere e nel mettere assieme i due principali elementi emergenti dalla sentenza n. 49/2015, vale a dire l'«edificio poggiato stabilmente sulle fondamenta della Costituzione, rispetto alle quali la CEDU "non consolidata" non è in grado di incidere in alcun modo, proprio in ragione del suo essere "inferiore" e dunque obbligata a ritrarsi, a non operare, se vogliamo ad essere "disapplicata" dal giudice - comune e (sia pur con forme diverse) costituzionale - quando essa contrasta con la Costituzione».

[125] *Ivi*, 182.

[126] *Ibidem*.

[127] F. VIGANÒ, *Convenzione*…, cit., 224, rileva «la crescente insofferenza dei nostri giudici costituzionali di fronte al proliferare di questioni di legittimità costituzionale *ex* art. 117, comma 1, Cost.». Circa lo "stile" adottato dalla sent. Corte cost., n. 49/2015, D. TEGA, *La sentenza*…, cit., 4, nota che «la Corte, con toni in alcuni passaggi francamente insofferenti, forse in reazione a comportamenti interpretativi poco meditati dei giudici comuni (forse in reazione a decisioni della Corte Edu a tratti "autoreferenziali", a tratti errate nella percezione e rappresentazione dell'ordinamento interno, a tratti "disinteressate" a considerare le argomentazioni contenute nelle sentenze nazionali), finisce per apparire quasi infastidita da ordinanze che, invece, le hanno offerto una preziosa occasione per un confronto costruttivo, come si dice nella stessa decisione, con la Corte Edu, peraltro a proposito di un tema nel quale […] ciò era particolarmente necessario».

[128] F. VIGANÒ, *Convenzione*…, cit., 224, coglie, non solo l'insofferenza dei giudici costituzionali per la quantità delle questioni di legittimità costituzionale che hanno a motivo il contrasto tra diritto convenzionale e diritto interno (v. nota precedente), ma legge, già in alcune delle pronunce di accoglimento di tali questioni del 2007, l'evidente «tentativo della Corte di *ridimensionare l'importanza* - e dunque, in definitiva, di porre in dubbio la vincolatività per l'ordinamento italiano - delle indicazioni provenienti da Strasburgo».

ti; si priva, forsanche, della possibilità «che i principi di cui agli artt. 2 e 3 possano essere ancora meglio serviti e svolti da altra Carta (e, segnatamente, dalla CEDU) di come faccia la stessa Costituzione, perlomeno in relazione ad alcuni ambiti materiali di esperienza e ad alcuni diritti»[129].

La riflessione, giunta a questo punto - precipitata, cioè, sui valori, nonché su ruoli e legittimazioni nella "selezione" del diritto - chiede, però, di essere riportata in un più ampio contesto. Dietro il rapporto duale tra le fonti dell'ordinamento nazionale e la CEDU, così come tra la giurisprudenza interna e quella di Strasburgo, sta, in realtà, la posizione, l'"armatura" e quel tanto in più o in meno di «predominio assiologico della Costituzione»[130] con cui avanzare nello spazio giuridico globale e correre lungo i suoi circuiti giudiziari. È necessario, pertanto, temporaneamente distanziarsi dalle questioni relativamente "minute" della giurisprudenza nazionale, per acquisire la visione ampia dello scenario nel quale esse si collocano ed alla luce del quale, poi, eventualmente, rileggerle.

8. I «*fenomeni socio-economici nuovi*»[131], appalesatisi già sul finire del Novecento, hanno profondamente trasformato l'organizzazione politica della società, incidendo, in particolare, su quella «*struttura a poteri divisi*»[132] che era venuta a compimento, nei «più diversi apparati statali»[133], tra il Settecento e l'Ottocento.

In particolare le trasformazioni degli istituti della costituzione economica, dagli anni Novanta in poi, hanno obbligato ad una «rilettura delle tradizionali categorie giuspubblicistiche»[134]. Il sistema dei poteri che, *ex novo*, si è imposto, è, infatti, un «sistema dei poteri globali»[135], caratterizzato da una particolare "*texture*" dello spazio giuridico nel quale è immerso: un luogo-non luogo, «costituito da un aggregato di sistemi regolatori speciali, tra i quali non c'è il vuoto, ma manca il requisito dell'unità, vi è contiguità, non continuità», dimodoché anche «il coordinamento non è imposto dall'alto ma è stabilito dagli stessi corpi che vi operano»[136].

In questa situazione, i molteplici giudici ultrastatali e extrastatali proliferati rapidamente[137], con corrispondente «*pluralità degli ordinamenti giudiziari*»[138], hanno facilmente assunto il ruolo di "Corti-regolatrici". A voler descrivere il fenomeno secondo l'analisi acuta ed articolata che ne fa un'autorevole dottrina, può dirsi che «le corti divengono i regolatori dei rapporti tra i diversi livelli di governo (in senso verticale) e i produttori

[129] A. RUGGERI, *Fissati…*, cit., 330.
[130] Per riprendere la formula adoperata dalla Consulta nella sent. n. 49/2015, punto 4 del *Considerato in diritto*.
[131] Ben descritti da G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Milano, 2001, 158 ss.
[132] *Ivi*, 154 ss.
[133] *Ibidem*.
[134] Su cui riflette G. RIVOSECCHI, *Gli effetti dei processi di globalizzazione e di integrazione europea su costituzionalismo e costituzione: alcune riflessioni*, in *Dir. cult.*, n. 1-2/2002, 123.
[135] S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009, 11.
[136] *Ivi*, 141.
[137] Cfr. N. PICARDI, *Pluralità di giurisdizioni nell'età della globalizzazione*, in F. CERRONE, G. REPETTO (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, 2012, 800 ss.
[138] *Ivi*, 811.

delle norme che riempiono gli "spazi vuoti" tra i diversi *regulatory regimes* ultrastatali (in senso orizzontale)»[139].

In assenza di altri coordinamenti, nell'atmosfera gradatamente rarefatta in cui sono immersi gli organismi del mercato e del sistema giuridico globali, le "filiere" di Corti e giudici (nonché di arbitri[140]) internazionali, sovranazionali, nazionali, lungo le quali corrono interpretazioni e pronunce, fungono da cinghia di trasmissione di decisioni e soluzioni assunte "lontano", da organismi e soggetti non rappresentativi e spesso di dubbia indipendenza, verso le situazioni giuridiche a cui vanno applicate.

Sicché, mentre il riconoscimento dei diritti e della loro titolarità avviene in questo *spazio giuridico fluido*, secondo una logica sita ben oltre il perimetro e gli interessi nazionali, che ci appare - sebbene non se ne afferri chiaramente la *silhouette* - sconnessa[141], caotica[142] e segnata da dinamiche economiche e finanziarie squilibrate[143], il luogo della loro realizzazione e della predisposizione dei mezzi che la consentano rimane, invece - secondo "tradizione" -, l'ordinamento interno.

Da un canto, dunque, poteri e fori giudiziari *aterritoriali* ai quali ognuno è legittimato a rivolgersi quale cittadino del mondo e, prim'ancora, quale essere umano[144]; dall'altro, organizzazione e funzioni sul *territorio statale*, attraverso le quali l'individuo, in ragione del rapporto di cittadinanza contratto con lo Stato, richiede di realizzare quel diritto per il quale ha ottenuto "altrove" un riconoscimento che, altrimenti, sarebbe del tutto vano.

---

[139] S. CASSESE, *Il diritto*…, cit., 143.

[140] N. PICARDI, *Op. cit.*, 800, 801, fa presente che il numero degli arbitrati amministrativi e/o degli organismi paragiurisdizionali operanti nel globo, in contesto transazionale, supera anche quello delle Corti e dei Tribunali ultra o extrastatuali. L'A. si rimette, per questi dati, alle indagini condotte da F. POCAR, *The Proliferation of International Criminal Courts and Tribunals: A Necessity in the Current International Community*, in *Journal Int. Crim. Justice*, 2004, 304 ss., C. P. R. ROMANO, *The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle*, in *New York Univ. JILP*, 1999, 709 ss., ID., *The Project on International Courts and Tribunals The International Judiciary in Context*, in *www.pict-pict.org.*

[141] In quanto la globalizzazione ha minato irreversibilmente la concatenazione Stato-sovranità-territorio-mercato. Sul punto, v. A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia,* Bari, 2002, 59 ss.

[142] Poiché alla sua ombra operano anche quelle "Corti di Babele" di cui parla S. CASSESE, *I tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, 4: «corti e organi quasi giudiziari […] operano caso per caso, con una possibilità, quindi, di fare aggiustamenti, con strategie che alternano o mescolano attivismo e deferenza, creazione del diritto e "self-restraint", dinamismo e tolleranza, rigidità e mutevolezza».

[143] «Il fenomeno della diffusione transnazionale e dell'identificazione giurisprudenziale dei diritti non riguarda esclusivamente e in modo immediato l'ordine economico»: pur convinto di ciò, S. PRISCO, *Op. cit.*, 653, riconosce, però, che «l'odierno acuirsi di una sensibilità diffusa accentuatamente individualistica e il percepibile allentamento dei vincoli sociali e solidaristici fra le persone corrisponde all'attuale fase di sviluppo del capitale finanziario globalmente erratico». Cfr., sul tema, P. PICONE, *Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 1/2014, e R. MANCINI, *Trasformare l'economia. Fonti culturali, modelli alternativi, prospettive politiche*, Milano, 2015.

[144] Che si appella ad un *nómos* globale, per dirla con A. BALDASSARRE, *Op. cit.*, 77: «Ciascun individuo» - afferma l'A. - «è portatore originario della propria libertà, che esercita e svolge nello sconfinato campo costituito dal pianeta terrestre. Ma, come "cittadino del mondo", o cosmopolita, egli, in quanto uomo, è a pieno diritto parte della società globale, assoggettandosi così - qualunque sia il luogo dove vive od opera - al nomos di tale società e, quindi, ai principi di libertà individuale che ne rappresentano i criteri di legittimità» (*ibidem*). Il *nómos* globale è contrapposto dall'A. a quello internazionale, che presiede alle relazioni internazionali, intercorrenti essenzialmente tra Stati. L'A. richiama, sul punto (alla nota n. 27 del cap. III), l'analoga distinzione - già operata da H. BULL, *The Anarchical Society* (1977), London, 1995², 83 ss. - tra «giustizia cosmopolita» ed «ordine internazionale».

In questo paradosso della territorialità che, unica, può consentire il farsi del "diritto senza terra", sta il pericolo del formarsi e dell'affermarsi dei diritti per la via giudiziaria. Per questa via, infatti, le regole e le loro interpretazioni definite in un ambito identitario ultra-statale, talvolta dai connotati molto incerti, ricadono, con effetti inevitabilmente modificativi, su di uno spazio d'identità costituzionale (quella nazionale) che è, invece, per sua natura, stabile e definito.

Il ruolo del giudice interno, ultimo anello della "filiera giudiziaria" e organo di un ordinamento giuridico nazionale, in tale composita situazione di geometrie diverse o addirittura inverse, diventa decisivo. Ne dipende la tenuta stessa del sistema, il suo "orientamento" in un senso piuttosto che in un altro: a prevalenza, cioè, di strutture multiformi ed espansive (quelle sovranazionali/internazionali), piuttosto che di strutture di valori tendenzialmente coerenti e compatte (quelle nazionali).

A queste direttrici verticali se ne aggiungono altre, orizzontali, di non minore spessore. Esse sono costituite dalle connessioni tra le Corti costituzionali nazionali e quelle internazionali/sopranazionali, formatesi per i rimandi, le influenze ed i sostegni argomentativi reciproci, dichiarati nelle pronunce di questi organi giudicanti, com'è particolarmente frequente negli ultimi decenni.

Anche questo circuito, nel suo incedere con "passo comparativo", rischia di diluire eccessivamente la "concentrazione costituzionale" delle norme dei diversi ordinamenti[145]. Se la ricerca dei «reciproci intrecci» costituisce, oramai, un «fenomeno caratteristico del nostro tempo giuridico»[146], ciò non garantisce, di per sé, della sua bontà. Taluno ne parla nei termini - invero poco rassicuranti - di una «drammatica crescita dello scambio e del dialogo nella giurisprudenza transnazionale, in particolare per quanto riguarda la materia dei diritti umani»[147]; drammatica in quanto «queste pratiche interpretative agiscono come parassiti, traendo linfa dalla universalità dei diritti umani per giustificarsi»[148].

---

[145] A. VON BOGDANDY, C. GRABENWARTER, P.M. HUBER, *Il diritto costituzionale nel diritto pubblico europeo. L'esempio della rete istituzionalizzata della giustizia costituzionale*, in *Riv. ass. it. cost.*, n. 4/2015, *www.rivistaaic.it*, 3, 4, tratteggiano bene il complesso quadro dello «spazio giuridico europeo», che va sempre più prendendo forma, individuando le principali trasformazioni che sono in corso. Innanzitutto, lo sviluppo, tra le Corti costituzionali europee, di «una rete istituzionalizzata, un *Verbund*, con un effetto profondo e trasformativo»; la conseguente necessità di «ripensare concetti tradizionali della scienza costituzionalistica europea»; il ricorso all'«argomento comparato da parte delle corti costituzionali», quale «una delle espressioni più evidenti del consolidarsi di questa rete» e l'attuale sua «legittimazione più solida nei Trattati europei». Può ritenersi, dunque, ad osservare quest'evoluzione, che le Corti costituzionali «sono collettivamente coinvolte nella costruzione di un diritto pubblico europeo per uno spazio giuridico europeo di libertà, sicurezza e giustizia». Lo stesso A. ammonisce, però, anche sulla necessità che la loro «fedeltà ultima» ricada «verso l'ordinamento di appartenenza, cioè verso l'ordinamento nazionale che le costituisce e legittima» (*ivi*, 16).

[146] Dalla *Relazione* del Presidente Emerito G. ZAGREBELSKY, in occasione dell'incontro *Cinquanta anni di attività della Corte costituzionale*, svoltosi il 22 aprile 2006 al Campidoglio, in *www.cortecostituzionale.it*, per il quale la suddetta apertura delle giurisprudenze costituzionali «non è […] moda, pretesa di professori, arbitrio rispetto alle rispettive costituzioni nazionali». Si esprime, invece, nei termini di «un processo "osmotico" di tendenziale uniformazione mediante forme di recezione "selettiva" di valori e diritti consacrati in altri sistemi», A. DI STASI, *La* vetero-nova quaestio *dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU nella prassi delle istituzioni europee*, in *Grotius*, n. 5/2008, 13.

[147] P. CAROZZA, *Il traffico dei diritti umani nell'età post-moderna*, in L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Soveria Mannelli, 2007, 84.

[148] *Ivi*, 87.

È palpabile, invero, una seria e diffusa preoccupazione[149] per questo scenario, che implica il rischio di un vero e proprio «"colonialismo giurisdizionale" in materia di diritti fondamentali»[150]. Tanto più che la crisi della politicità contemporanea[151] e la deterritorializzazione dell'economia[152] rimettono la decisione sulle istanze degl'individui a giudici collocati su diversi livelli di tutela giurisdizionale, piuttosto che farne una scelta d'identità e di governo, operata, con metodo politico, dalla comunità. Quando ciò avviene, in mancanza del confronto e del dibattito in seno alla collettività (sostituiti dal contraddittorio processuale), è facile che si scivoli nella «banalizzazione dei diritti fondamentali»[153], anzicché attendere alla conformazione del patrimonio assiologico nazionale ad un eventuale nuovo sentire.

---

[149] Di cui dà conto, tra gli altri, S. CASSESE, *Il diritto*…, cit., 152.

[150] M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 64. Il rischio sta nel fatto che ogni colonialismo «si sviluppa» - è vero - «all'insegna della civilizzazione, ma in più di un'occasione in nome della civilizzazione sono stati sacrificati i patrimoni culturali e storici già esistenti». Nutre analogo timore R. H. BORK, *Il giudice sovrano. Coercing virtue,* tr. it. a cura di S. Fabi e S. Sileoni, Macerata, 2006 (trad. it. di *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, 2003), 23, per il quale «è scoraggiante constatare che attualmente solo in pochi sembrino interessati al fatto che la democrazia stia venendo gradualmente sostituita dalle sentenze giudiziarie […]. I diritti costituzionali specifici esistono come eccezione, non come regola. Quando, in nome di un "diritto", una corte di giustizia stravolge la volontà della maggioranza, espressa dalle leggi, la libertà viene trasferita da un grande a un piccolo gruppo, da una maggioranza a una minoranza». Per C. PANZERA, *Il bello dell'essere diversi. Corte costituzionale e corti europee ad una svolta*, in C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Op. cit.*, 261, 262, oramai «l'intervento della voce politica diviene realmente improcrastinabile», acquisito che «limitarsi a contrastare con tutte le forze la recente tendenza all'apertura reciproca delle Corti supreme (che è anche un'apertura dei rispettivi ordinamenti) appare una battaglia inevitabilmente di retroguardia e destinata, con ogni probabilità, all'insuccesso».

[151] Che è innanzitutto crisi del "dove". I suoi luoghi «risultano spalmati sia verso l'alto che verso il basso, ma anche - eventualmente - riqualificati sul piano orizzontale», sia per «fenomeni di egemonia imperiale» che d'«integrazione sovranazionale», che di «devoluzione subnazionale» (così F. LANCHESTER, *Il concetto di rappresentanza in campo politico e i problemi della integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, in *www.arsae.it*, 31, e, più ampiamente, ID., *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, 2006). Sono i «processi di mondializzazione», insomma, a rendere il sovrano «sempre meno definito e visibile», come sintetizza G. RIVOSECCHI, *Op. cit.*, 123.

[152] Che reclama strumenti elastici ed ubiqui e comporta, pertanto, la deterritorializzazione del diritto pubblico, nel senso di spostare il «dove applicativo» ed il «dove esecutivo» delle norme (sono le significative formule adottate da N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5/2002, 626) fuori dal territorio dello Stato, oltre i confini della sovranità. Cfr., in merito, S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, in ID. (a cura di), *La nuova costituzione economica*[5], Roma-Bari, 2012, 326, che annovera la deterritorializzazione delle attività economiche tra le cause di riduzione della sfera pubblica, registratasi, in particolare, a partire dagli anni Ottanta fino alla nuova crisi mondiale.

[153] M. CARTABIA, *L'ora*…, cit., 58. È la mancanza d'intermediazione legislativa a determinare la temuta «banalizzazione», in quanto comporta il rischio, come precisa l'A., che «tutte le esigenze vengano qualificate come diritti fondamentali» (*ibidem*). La «banalizzazione» che preoccupa la studiosa si traduce, nella riflessione di A. SPADARO, *Lo sbocco obbligato: l'individuazione di* doveri *altrettanto fondamentali*, in L. ANTONINI (a cura di), *Op. cit.*, 138, nell'«*espansione/assolutizzazione* ipersoggettivistica del concetto di diritto fondamentale» e correlata «*relativizzazione* positivistica dei diritti considerati». L'A. vi ravvisa un fenomeno che, negli ultimi decenni, ha riguardato tutto l'Occidente, conducendo alla "creazione" di «diritti "pseudo-fondamentali"»; questi, a differenza dei «diritti fondamentali "autentici"», sono «solo storico-contingenti o coincidenti con meri desideri» (*ivi*, 139). Similmente, M. A. GLENDON, *La visione dignitaria dei diritti sotto assalto*, in L. ANTONINI (a cura di), *ivi*, 71, esprime preoccupazione per il fatto che, a viaggiare alla velocità dei nuovi mezzi di comunicazione, più che le «idee sui diritti dell'uomo», sia «un insieme di frammenti di posizioni estremiste riguardanti le libertà civili, strappati via dalle consuetudini e dalle istituzioni che permettono ad un sistema dei diritti di attecchire e prosperare e che spesso servono a minare proprio quelle abitudini e quei comportamenti da cui i diritti dipendono».

Lo "spazio europeo" non sfugge, ovviamente, alle dinamiche descritte. Non solo ne è parte, ma, nel suo perimetro, le riproduce: la globalizzazione ha le caratteristiche del frattale, che, su scale diverse, si ripete, nella sua forma, sempre allo stesso modo.

Vi ritroviamo, così, lo stallo strategico e decisionale - sostanzialmente, lo stallo politico - parzialmente colmato dall'attività giudiziaria (spesso attivismo) o, per meglio dire, dai plurimi ed "intrecciati" circuiti giudiziari che lo percorrono. Uno studioso avverte della raggiunta soglia di "apporto positivo" del "lavorio" della giurisprudenza sul piano dei diritti, quella oltre la quale si rischia solo di far peggio[154]. Quell'"oltre" ci sembra, anzi, raggiunto da tempo. Lo è in quanto la giurisprudenza non può sciogliere quelli che rimangono «i nodi irrisolti del sistema *multilevel*», principalmente «diritti politici e diritti sociali»[155], nonché - quanto mai all'attualità - politica estera, di sicurezza e di difesa.

Nello spazio europeo, ritroviamo anche Corti prive di rappresentanza politica, com'è giusto che sia, trattandosi di organi giudiziari, ma che assumono decisioni a valenza politica e che sembrano peccare, in certi casi, anche di quel requisito dell'indipendenza che dovrebbe essere, invece, loro peculiare. Il che vale anche per la Corte EDU, che s'ingerisce, talvolta, «nella valutazione di delicati profili interni dei Paesi membri, costituenti esercizio di valutazioni politiche di esclusiva pertinenza nazionale»[156] e, talaltra, è così soggetta a (certune) volontà statali da far ritenere che «abbia prima deciso quale soluzione dare alla questione sottopostale e poi trovato la motivazione»[157-158].

---

[154] A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. un. eur.*, n. 1/2014, 20, esprime così il suo convincimento a riguardo: «l'Europa è […] ad un crocevia oscuro, in cui non è facile intravedere un percorso di uscita. L'integrazione attraverso il diritto e attraverso la giurisprudenza e il lavoro delle Corti (specialmente sui diritti) sembra aver raggiunto un punto oltre il quale non può andare da sola, o perché sarebbe insufficiente, o perché rischierebbe di proporre una visione atomistica, sganciata dalle "tradizioni" nazionali, e in definitiva troppo disarmonica, degli stessi diritti».

[155] *Ivi*, 19.

[156] Così R. DICKMANN, *La legge*…, cit., 8, che, più estesamente, «pur nella constatazione dell'assenza di effetti costitutivi delle sentenze pronunciate a Strasburgo», osserva che «gli argomenti da essa forniti nella propria giurisprudenza per valutare la sussistenza o meno dei […] "motivi imperativi" [d'interesse generale] sembrano implicare che la Corte europea, per il tramite di essi, possa ingerirsi nella valutazione di delicati profili interni dei Paesi membri, costituenti esercizio di valutazioni politiche di esclusiva pertinenza nazionale, come la Corte costituzionale, nel suo consueto garbo, non ha mancato di evidenziare».

[157] Così B. CONFORTI, *Crocifisso nelle scuole, una sentenza che lascia perplessi*, 24 marzo 2011, in *AffarInternazionali*, *www.affarinternazionali.it*, a commento della sentenza della Corte EDU del 18 marzo 2011, nel caso *Lautsi c. Italia*. Si ricorda che, con questa pronuncia, la Grande Camera rovesciò quella di prima istanza, con la quale si era ritenuto contraria all'art. 2 del Protocollo n. 1, annesso alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in combinazione con l'art. 9 della Convenzione, l'esposizione del Crocifisso nelle scuole pubbliche italiane. Ancora più esplicita, in proposito, è L. CARLASSARE, *Crocifisso: una sentenza per l'Europa 'non laica'*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2011, *www.costituzionalismo.it*: «Leggendo quali siano i Governi intervenuti a sostenere le ragioni dell'Italia - Armenia, Bulgaria, Cipro, Grecia, Lituania, Malta, Russia, San-Marino, principato di Monaco e Romania (più gli altri dieci che si sono aggiunti) - appare evidente che due civiltà si fronteggiano in Europa. L'Europa è composita; in questa sentenza, subito criticata che rovescia la precedente, quella retriva ha vinto». L'A., invero, chiarisce ancor meglio le dinamiche e le volontà, tutte statali, politiche, nient'affatto giudiziali che hanno determinato l'esito ultimo della vicenda *de qua*, con relativa assoluzione dell'Italia dall'accusa di violazione dei diritti umani per l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, attraverso una significativa citazione tratta dalle osservazioni presentate dall'*European Centre for Law and Justice* (ECLJ), intervenuto nel giudizio quale parte terza: mentre si pensava che l'unità europea si sarebbe inevitabilmente realizzata dall'Ovest verso l'Est, il caso *de quo*, invece, «ha provocato un movimento inverso, dall'est verso l'ovest. L'est dell'Europa, appoggiandosi al cattolicesimo, si oppone all'ovest nella difesa della cultura cristiana».

Neppure sono mancate critiche e preoccupazioni per l'uso, talvolta strumentale, dei rimandi e dei sostegni argomentativi reciproci nelle pronunce delle Corti costituzionali nazionali e di quelle internazionali/sopranazionali che operano in ambito europeo (Corte EDU compresa[159]); lo stesso può dirsi per l'"opportunismo" nell'utilizzo della comparazione[160] e per la scorrettezza di alcune tecniche argomentative e decisionali adoperate, anche dal Giudice della Convenzione[161].

---

158 «*The judges shall sit on the Court in their individual capacity*»: così recita il par. 2 dell'art. 21 della CEDU. Alcun rapporto di rappresentanza, dunque, è lecito nutrire tra il giudice e lo Stato di provenienza che lo ha proposto all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa per l'eventuale nomina, «se non nel senso», come riconosce R. TONIATTI, *L'indipendenza dei giudici sovranazionali ed internazionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4/2010, 1746, «di una garanzia di "rappresentazione" dell'ordinamento giuridico dello Stato parte quale ordinamento costitutivo e soprattutto interattivo (in senso sia attivo sia passivo) con quell'altro ordinamento recettore della competenza trasferita, non solo con riguardo al formante del diritto positivo ma anche rispetto alla sua giurisprudenza, alla sua cultura giuridica e, da ultimo, alla sua lingua, generica e soprattutto specialistica, ossia la lingua giuridica». È pure inequivocabile, però, la matrice internazionalistica di questa Corte e, correlativamente, la titolarità, in capo allo Stato contraente, di un potere - quello di designazione del giudice, appunto - di cui esso è "naturalmente" portato ad abusare. Si rinvia alle considerazioni svolte, in proposito, da A. FUSCO, *Le garanzie di indipendenza dei giudici di Lussemburgo e Strasburgo*, in *www.gruppodipisa.it*, 3, 4. I giudici, infatti, sono indicati con procedure (che variano dalla consuetudine alla convenzione costituzionale, dalla prassi consolidata al mero avvio di una prassi, per le quali v. R. TONIATTI, *L'indipendenza*…, cit., 1741 ss.) talvolta di dubbia trasparenza e spesso politicizzate, nonché irrispettose dell'uguaglianza di genere. V. la Raccomandazione 1649 (2004) e la Risoluzione 1432 (2005), con le quali l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, alla quale compete l'elezione dei giudici della Corte EDU, sulla base delle liste di candidati proposte dalle Alte Parti contraenti, è dovuta intervenire con urgenza per richiedere a quest'ultima maggiore obbiettività e trasparenza nelle procedure interne d'individuazione dei candidati. La richiesta è rimasta in gran parte inattesa, considerato che lo stesso organo ha dovuto adoperarsi nuovamente, nel 2009, con la Risoluzione 1646 (2009), dello stesso tenore, di cui, di seguito, si riporta il significativo punto 5: «*The Assembly also strongly urges the governments of member states which have still not done so, to set up - without delay - appropriate national selection procedures to ensure that the authority and credibility of the Court are not put at risk by ad hoc and politicised processes in the nomination of candidates. Furthermore, it invites the governments of member states to ensure that the selection bodies/panels (and those advising on selection) are themselves as gender-balanced as possible*».

159 P. CAROZZA, *Op. cit.*, 86, rileva come la Corte EDU, non riuscendo, talvolta, ad indicare il *consensus* europeo sul quale fondare le sue decisioni, è costretta a rivolgersi ad ordinamenti giuridici non europei. Egli ricorda, in proposito, il caso del 2002, *Goodwin v. United Kingdom*, in cui il Giudice della Convenzione ha "dovuto" appellarsi ad un «*consensus* più generale, di natura internazionale», richiamando, specificamente, disposizioni normative di Australia e Nuova Zelanda. Questa "strana" necessità si può solo spiegare con la crescente difficoltà, per la Corte, di «trarre orientamento dalle tradizioni comuni degli Stati membri del sistema europeo dei diritti umani». La ragione è duplice, secondo l'A, ed è da addebitarsi, da un lato, all'«espandersi degli appartenenti al consiglio d'Europa oltre gli urali sino all'Asia centrale» e, dall'altro, al «consolidamento della legittimazione istituzionale della Corte di Strasburgo» (*ibidem*). Alfine, «la pretesa ricerca del *consensus* […] nasconde l'esercizio della discrezionalità dei giudici con l'apparenza di una legittima ricerca di accordi universali» (*ivi*, 88).

160 F. VIGLIONE, *Dubbi e ambiguità sul ruolo del diritto comparato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Eur. dir. priv.*, n. 1/2015, 205, denuncia il «carattere "servente"» del diritto comparato rispetto ai fini perseguiti dalla Corte EDU. Questa branca della scienza giuridica verrebbe piegata all'esigenza del giudice europeo di «far emergere differenze che sconsigliano l'elaborazione di esiti interpretativi che stridono con le sensibilità nazionali ovvero somiglianze che, all'opposto, suggeriscono l'imposizione di standard interpretativi omogenei, con la palese conseguenza di determinare una sua scarsa organicità, un'assenza di coerenza metodologica ed una subalternità a scelte di ordine meramente politico che contraddicono in radice l'essenza stessa dei diritti umani».

161 J. A. BRAUCH, *The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, in *Col. Jour. Eur. Law*, n. 11/2004-2005, 150, avanza solo un «*little doubt that the Court is well intentioned*»; in realtà, «*unfortunately*», la Corte EDU è ricorsa alla dottrina del margine di apprezzamento, nell'interpretare alcune norme della Convenzione, «*to the exclusion of the text, of legal analysis, and indeed of the rule of law. It has taken on the role of supranational legislature making policy judgments for the nations of Europe, judgments that lack basic rule of law requirements of clarity, predictability, equality, and non-arbitrariness*». Pertanto, l'A. conclude che la Cor-

Il meccanismo europeo di tutela dei diritti è composito e si sviluppa anch'esso sia orizzontalmente, nel "dialogo" tra le Corti, nazionali ed internazionali/sovranazionali, sia verticalmente, nella collaborazione tra le Corti ed i giudici interni agli ordinamenti degli Stati membri/Alte Parti contraenti. Facilmente prevedibile che, se e quando si concluderanno le procedure di adesione dell'Unione europea alla CEDU, questa già articolata rete giudiziaria si farà più complessa e più delicato il suo funzionamento[162], rispetto al quale il ruolo svolto dai giudici nazionali - vera "intelaiatura" del sistema - sarà determinante[163].

Si conferma, dunque, allo stato e nelle possibili evoluzioni, la dinamica duplice del sistema europeo dei diritti, che «da un lato, con un movimento accentratore, esalta il ruolo delle Corti europee e dall'altro, per il rapporto privilegiato che queste intessono con i giudici ordinari, valorizza contemporaneamente gli elementi di diffusione nella tutela giurisdizionale dei diritti»[164].

Sono direttrici tali da riprodurre, in ambito europeo, la medesima dinamica che già percorre le "reti giudiziali globali": per inseguire ed assecondare, a monte, la «*dimensione universale*» dei diritti fondamentali[165], si finisce col misconoscere, a valle, quella particolare ed identitaria che i popoli hanno custodito nelle Carte fondamentali, "disponibili" ad essere rinnovate, quando i tempi lo richiedano, ma non sopraffatte[166] o reinterpretate *aliunde*[167].

---

te «*must return to the text*». Ad un diverso convincimento addiviene, invece, A. MOWBRAY, *The creativity of the European Court of Human Rights*, in *Hum. Rights Law Rev.*, n. 5/2005, 79, che, dopo aver esaminato il "*living instrument*" *doctrine* ed il "*pratical and effective*" *doctrine* (le due principali tecniche interpretative di cui la Corte EDU fa uso), conclude che «*the Court has generally struck a fair balance between judicial innovation and respect for the ultimate policy-making role of member States in determining the spectrum of rights guaranteed by the Convention*». Alla stessa Corte, inoltre, egli ascrive il merito di aver compreso ed assecondato la natura della società europea contemporanea (caratterizzata, ad esempio, da fenomeni come «*the growth of single-parent families*»), ben diversa da come appariva al tempo della redazione della Convenzione.

[162] L'adesione comporterà, infatti, secondo A. DI STASI, *La* vetero-nova quaestio…, cit., 13, «la transizione di un sistema giurisdizionale, costruito sulla mera coesistenza tra due Corti autonome ed indipendenti (la Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti umani) e due cataloghi di diritti non compiutamente assimilabili, verso forme più avanzate di integrazione tra i diversi sistemi. Senza dimenticare che tale sistema binario risulterà ulteriormente arricchito dalla riconosciuta (e riconoscibile) giurisdizione delle Corti nazionali che continueranno ad applicare il diritto dell'Unione europea e il diritto della CEDU anche con riferimento ai diritti fondamentali». Anche la Corte costituzionale osserva che, con l'adesione, si configurerà «un sistema di protezione assai più complesso e articolato del precedente, nel quale ciascuna delle componenti è chiamata ad assolvere a una propria funzione»: sent. Corte cost. n. 80/2011, punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

[163] L'importanza dei giudici nazionali emerge anche dalla dichiarazione congiunta dei Presidenti Costa e Skouris, del 24 gennaio 2011, con la quale si auspicano protocolli di adesione che consentano alla Corte di giustizia di esperire il controllo interno prima che la Corte EDU esperisca quello esterno, anche nell'ipotesi in cui il giudice nazionale non sollevi rinvio pregiudiziale.

[164] M. CARTABIA, *La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti umani*, in *Astrid Rassegna*, n. 70/2008, *www.astrid-online.it*, 8.

[165] M. CARTABIA, *L'ora*…, cit., 62.

[166] Analogamente, B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013, 177, teme una «sorta di schiacciamento» delle tradizioni costituzionali comuni «tra la Carta dei diritti quale fonte di riferimento "naturale" vincolante, l'idoneità della CEDU a fungere direttamente da parametro di legalità delle norme dell'Unione in seguito all'adesione, e la tendenza della Corte di Lussemburgo a declinare in chiave comunitaria anche gli standard di tutela condivisi dagli Stati membri e codificati nella Convenzione».

[167] D. TEGA, *Le sentenze*…, cit., 3, riportando svariata casistica a supporto, rileva una «tendenza sempre più forte» della giurisprudenza CEDU «a riempire di significati nuovi i testi non solo legislativi, ma anche costituzionali dei paesi del Consiglio d'Europa, e certamente anche dell'Italia». Similmente, O. POLLICINO, *Margi-*

Sussiste il rischio che «gli elementi di diffusione nella tutela giurisdizionale dei diritti»[168] degradino in "diffusione insidiosa di assiologie *altre*" nel diritto interno, per il tramite del giudice comune, possibile *cavallo di Troia* dell'ordinamento giuridico nazionale. Per giunta, attraverso una giurisprudenza frammentaria e potenzialmente diversificata, non potendo, questo giudice, che decidere per il singolo caso. Certo, «l'emarginazione della Corte costituzionale»[169], conseguente alla dinamica di potenziamento del ruolo della Corte EDU, in una con il rafforzamento del rapporto tra questa ed i giudici ordinari delle Alte Parti contraenti, rende più difficile il controllo e l'eventuale "arginamento" di una diffusività che si palesasse troppo aggressiva e/o molto differenziata nelle decisioni[170].

Alla luce di queste considerazioni sui rischi di un colonialismo giudiziario in punto di tutela dei diritti umani, in ambito europeo, il precipitato del lungo e travagliato percorso della giurisprudenza italiana, di merito e costituzionale, sui rapporti tra ordinamento interno e CEDU, ci appare ancor più *ponderato* di quanto potesse sembrare in precedenza.

Con la sentenza n. 49 del 2015 - il più recente e significativo apporto del nostro Giudice delle leggi in argomento - si opera, infatti, un intreccio accorto tra il vincolo di collaborazione che unisce il giudice interno con quello europeo dei diritti umani, da un lato, ed il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU, dall'altro. Sono "pesi" di natura diversa quelli che vengono posti sui due piatti della bilancia di questo rapporto intersistemico, ma atti a tenerla in equilibrio.

Su di uno, dunque, il giudice comune, con il "peso *pieno* (o quasi)" dell'attività ermeneutica sulla norma di diritto interno, oramai "liberato" dal vincolo interpretativo alla giurisprudenza della Corte CEDU, salvo nel caso di un'interpretazione consolidata in una certa direzione (il "peso *quasi* pieno"), che spetterà, peraltro, allo stesso giudice riconoscere come tale. Indi, la sostanziale estromissione della Corte costituzionale dal "dialogo interpretativo" tra il giudice nazionale e quello europeo[171]; quasi

---

ne…, cit., 3, lamenta una «rinnovata aggressività caratteristica della nuova stagione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo che sembra curarsi oggi molto meno di un tempo delle peculiarità proprie delle identità nazionali, anche costituzionali, degli Stati membri».

168 Si ricorre all'espressione di M. CARTABIA, *La Costituzione*…, cit., 8, già citata *retro*, nota n. 164.

169 È la conseguenza che M. CARTABIA, *ibidem*, ritiene possa derivare dalla duplice dinamica che caratterizza il sistema europeo dei diritti.

170 Dinanzi ad un analogo fenomeno di compressione delle Costituzioni nazionali, tra Carte e Corti ultranazionali, avvertito in ambito Ue, sono stati, difatti, i giudici costituzionali dei Paesi membri ad intervenire a salvaguardia, facendo «un uso antagonistico o almeno difensivo della teoria dei controlimiti e del concetto di identità costituzionale nazionale», come ha osservato A. D'ALOIA, *Op. cit.*, 19, ricordando, a riguardo, i casi *Mangold* e *Lisbon Treaty*, per i quali si rinvia a ID., *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. un. eur.*, n. 1/2014, 19. Trattando della Sentenza *Lisbona* del *Bundesverfassungsgericht*, V. BALDINI, *Il rispetto dell'identità costituzionale quale contrappeso al processo di integrazione europea. (La "sentenza-Lisbona" del* Bundesverfassungsgericht *ed i limiti ad uno sviluppo* secundum Constitutionem *dell'ordinamento sovranazionale)*, in *Riv. ass. it. cost.*, n. 4/2010, in *www.rivistaaic.it*, 16, legge «la difesa dell'identità costituzionale», propugnata dalla Corte di Karlsruhe, quale «difesa delle ragioni sottese all'esistenza dell'ordinamento statale tedesco nella sua storica configurazione».

171 L'ipotesi residuale di ricorso alla Consulta deriva dal contrasto tra la norma interna e quella convenzionale secondo diritto consolidato nella giurisprudenza della Corte EDU. In tal caso, andrebbe sollevata questione di legittimità costituzionale sulla legge di esecuzione della Convenzione "nella parte in cui…". Fa presente A. RUGGERI, *Fissati*…, cit., 331, che «un'intera esperienza di rapporti intersistemici potrebbe esaurirsi in seno all'ordine giudiziario, senza alcun coinvolgimento della Corte».

un'autolimitazione - forsanche compiaciuta - che la Corte opera dei suoi stessi interventi in materia, non del suo ruolo.

Sull'altro piatto, invece, il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU. Da questo deriva anche il ruolo primario che la Corte costituzionale mantiene a sé ed anzi rafforza (nel dettare i comportamenti da tenere al giudice comune e sottoporli a controllo, ove se ne presenti l'occasione), nonché quello del giudice interno; dalla Costituzione, infatti, questi trae l'indipendenza interpretativa che può far valere nei confronti della giurisprudenza della Corte EDU (fuorché consolidata).

Da un lato, dunque, la nostra Corte rende quasi esclusivo il rapporto del giudice comune con la Convenzione e la Corte di Strasburgo, nella consapevolezza, peraltro, di un suo ulteriore rafforzamento derivante dal Protocollo n. 16 alla Convenzione (sebbene limitatamente alle «più alte giurisdizioni»)[172]. Sembrerebbe "rischiare", così, che il giudice nazionale si faccia ancor più «elemento di diffusione»[173] lungo le complesse filiere giudiziarie europee, portatore, entro il perimetro statale, di assiologie nate e pensate altrove. Contrappesa però, ottimamente, questo pericolo, con l'affermazione netta del predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU, in grado - sia sul piano dei rapporti tra le fonti, sia su quello interpretativo - di evitare o scardinare ogni tentativo di modifica o superamento surrettizio dei valori costituzionali.

Da quel *predominio* consegue, infatti, che: l'interpretazione costituzionalmente orientata prevale su quella della giurisprudenza europea non consolidata ovvero «non vi è alcuna ragione» (per usare la sintomatica formula, alquanto "sbrigativa", a cui ricorre la Corte[174]) per la quale il giudice comune, nel decidere una peculiare controversia, debba adottare la medesima interpretazione elaborata dalla Corte EDU, ove non consolidata (né contenuta in una "sentenza pilota"), rispetto ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, che egli stesso individuerà; anche l'interpretazione consolidata nella giurisprudenza europea (selezionata, peraltro, dal giudice nazionale, secondo indici individuati dalla Consulta), ove appaia in contrasto con la Costituzione, dev'essere revocata

---

[172] Il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, di prossima entrata in vigore, prevede la possibilità di «presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli» (art. 1, par. 1, del Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali). Si prospetta, per questa via, una *liason* tra giudici europei e giudici nazionali (le sole «più alte giurisdizioni» delle Alte Parti contraenti) simile a quella dispiegatasi sul fronte unioneuropeista in ragione del meccanismo del rinvio pregiudiziale. In argomento, v. P. DE SENA, *Caratteri e prospettive del Protocollo 16 nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015, 13, G. ASTA, *Il protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in *Com. internaz.*, n. 4/2013, 790. La Corte costituzionale, nella sent. n. 49/2015, dal carattere non vincolante del suddetto parere, evince «un'opzione di favore per l'iniziale confronto fondato sull'argomentare, in un'ottica di cooperazione e di dialogo tra le Corti, piuttosto che per l'imposizione verticistica di una linea interpretativa su questioni di principio che non hanno ancora trovato un assetto giurisprudenziale consolidato e sono perciò di dubbia risoluzione da parte dei giudici nazionali». Indi, pone tale considerazione - che ben si accorda, peraltro, con i principi costituzionali -, assieme ad altre sulle «modalità organizzative del giudice di Strasburgo», a sostegno dell'assunto principale della sentenza in parola, per il quale «è […] solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo» (dal punto 7 del *Considerato in diritto* della sent. n. 49/2015).

[173] Si mutua l'espressione usata da M. CARTABIA, *La Costituzione*…, 8, già citata *retro*, nel testo.

[174] Al punto 7 del *Considerato in diritto* della sent. n. 49/2015 e già citata *retro*, nel testo.

in dubbio, attraverso la proposizione della questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale; correlativamente, alla Corte e solo ad essa spetta decidere in merito all'antinomia che riguardi la Costituzione, vale a dire per il caso di un possibile contrasto tra la norma derivante da diritto consolidato nella giurisprudenza europea ed interpretazione costituzionalmente orientata; determinare il significato della legge nazionale non compete alla Corte di Strasburgo, bensì unicamente al giudice nazionale, che gode, in questo, di autonomia interpretativa (salva la soggezione alla legge, prevista dalla stessa Carta costituzionale), dimodoché nessun'altra autorità può impartirgli ordini o dargli suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto; infine, alla «primaria esigenza di diritto costituzionale che sia raggiunto uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali»[175] - considerata dalla Corte «interesse di dignità costituzionale»[176] - è ritenuto funzionale lo stesso ruolo di ultima istanza della Corte di Strasburgo, nonché il dovere del giudice nazionale di prestarle collaborazione, pur sempre nel rispetto della sua autonomia interpretativa.

È questa l'"armatura" di cui la Corte costituzionale dota il giudice-soldato che s'incammina lungo la filiera giudiziaria europea: ce n'è abbastanza per scongiurare il pericolo ch'egli possa «diventare entusiasta propagatore del verbo delle Corti internazionali»[177].

Questo è, forse, almeno per il momento[178], il punto terminale della parabola che sembra delinearsi riepilogando in breve il percorso giurisprudenziale, lungo e travagliato, che qui si è tentato di seguire. Dopo una fase, pur caratterizzata da una certa caoticità, in cui si è puntato a favorire l'applicazione della CEDU nell'ordinamento giuridico nazionale e nella quale si collocano gli interventi di alcuni giudici comuni di disapplicazione della norma interna contrastante, nonché il "tentativo" della Consulta di conferire alla Convenzione (*recte*: alla legge di esecuzione della CEDU) una particolare forza di resistenza rispetto alle leggi successive, la vicenda veniva portata ad "ordine e compostezza" dalle due sentenze del 2007. Queste fissavano il rango sub-costituzionale della norma CEDU e la competenza della nostra Corte per tutti i casi in cui al giudice comune si appalesassero antinomie insuperabili per via interpretativa. Allo studioso attento, però, la giurisprudenza così inaugurata appariva «verosimilmente di transizione»[179]: il suo seguito o, meglio, i suoi sviluppi avrebbero condotto, difatti, alla più recente pronuncia del 2015, «complessivamente animata dall'intento di porre argini solidi all'avanzata della normativa (e, a conti fatti, della giurisprudenza) convenzionale in ambito interno»[180].

[175] È la formula a cui la Corte costituzionale ricorre al punto 7 della sent. n. 49/2015, già richiamata *retro*, nel testo.

[176] *Ibidem*.

[177] R. CONTI, *La CEDU*…, cit., 182, che, precisamente, riferisce questa considerazione ai *principia* costruiti dalla Corte costituzionale, nella sentenza del 2015, sul tema della *giurisprudenza consolidata*.

[178] A conclusione del suo commento all'ultimo arresto della Corte costituzionale sui rapporti tra CEDU ed ordinamento interno - la sent. n. 49/2015 - A. RUGGERI, *Fissati*…, cit., 332, così ammonisce sulla definitività dei suoi contenuti: «E, tuttavia, poiché la Corte ci ha abituato, nel corso degli anni trascorsi dalle "gemelle" del 2007, che non secondarie precisazioni dell'indirizzo in esse delineato possono non di rado aversi, inviterei a non considerare chiusa la partita una volta per tutte.
Stiamo dunque a vedere cosa ci riserverà il futuro che è ormai alle porte».

[179] A. RUGGERI, *La CEDU*…, cit., 1.

[180] A. RUGGERI, *Fissati*…, cit., 326.

L'apertura della Costituzione del '48 al diritto internazionale[181] è ampia ed accogliente[182]. Il diritto che, da diversi livelli ed ambiti, compreso quello convenzionale, oggi preme per la sua applicazione nell'ordinamento interno, segue, però, talvolta, logiche site del tutto oltre il perimetro e gli interessi nazionali, oltre la stessa identità nazionale, ricaduta, probabilmente, anche di un fenomeno globale di proliferazione di ordinamenti giudiziari e di fori aterritoriali.

Pur non disconoscendo affatto il merito di alcune «spinte sovranazionali che impongono *regole di assoluto buon senso*»[183], la (relativamente) "nuova" posizione assunta dalla Corte costituzionale ci appare, per questo, una doverosa e prudente difesa dei valori costituzionali. Ovvero, a seguitare nella metafora già adottata, se il giudice comune potrebbe divenire, pure incosapevolmente, quel cavallo di Troia nel cui ventre si nascondono convincimenti assiologici distanti, se non pure nemici, bene ha fatto il giudice costituzionale a dare ascolto a Lacoonte.

[181] Una «"democrazia aperta alla dimensione internazionale"» è quella delineata dalla Costituzione repubblicana, secondo l'espressione a cui ricorre R. TONIATTI, *La democrazia costituzionale repubblicana*, in C. CASONATO (a cura di), *Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione*, Torino, 2010, 59.

[182] Rinvenibile non solo, chiaramente, negli artt. 10 e 11 Cost. [v. A. CASSESE, *Commento agli Art 10 e 11*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, 478 ss.], ma anche nella clausola di cui all'art. 2 Cost., nella sua versione "aperta" [*ex multis*, v. A. BARBERA, *Commento*…, cit., 84 ss., G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di "copertura" costituzionale "a più facce"*, in *Pol. dir.*, n. 3/1997, 368 ss., A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, 2 luglio 2010, in *http://archivio.rivistaaic.it*, 1 ss.].

[183] F. VIGANÒ, *La Consulta*…, cit., 342, che annovera, nell'elenco delle "regole sensate" provenienti dal livello sovranazionale «quella secondo cui chi non è stato condannato non può subire una pena; ovvero quella secondo cui chi è già stato giudicato e punito (anche severamente, come nel caso di chi sia stato sanzionato dalla CONSOB al pagamento di milioni di euro) non può essere sottoposto a un nuovo processo per lo stesso fatto; o ancora quella secondo cui se il giudice di primo grado ascoltando e osservando direttamente un testimone si è convinto che menta, non si vede perché un altro giudice - non necessariamente più esperto di psicologia umana - si debba convincere del contrario semplicemente leggendo la trascrizione delle sue dichiarazioni».

THE ROLE OF COMPARATIVE LAW IN THE INTEGRATION OF MIGRANTS

PIERVINCENZO PACILEO

SUMMARY: 1. Introduction. - 2. European Union. - 3. Belgium. - 4. Denmark. - 5. Finland. - 6. France. - 7. Germany. - 8. Greece. - 9. The Netherlands. - 10. Spain. - 11. Sweden. - 12. United Kingdom. - 13. Italy. - 14. Conclusions.

1. The topic of integration of immigrants is today one of the most debated issues in the environment civil-comparative and assume various connotations depending on the social-economic-geographic-cultural context of the legal systems to be examined[1].

The decisional process in subject is concentrated, firstly, to communitarian level; indeed, the definition and the execution of immigration policies fall within the competence of the E.U., although lacking in exclusive character, having to practice sharing with Member States, to ensure a link between legal migration policies and integration strategies in accordance with real needs and structural characteristics at the national level.

In this context, the family and the school, together with the productive sphere, constitute a privileged socializing context in which the action of public authorities would have to be concentrate, both at EU level and at national level: Member States have the task of identify main initiatives and related implementing rules, in accordance with local characteristics and traditions, in order to promote the inclusion and the social integration of migrants and promote contact and confront between newcomers and the receiving society[2].

Therefore, the analysis must centralize on the delineation of the structure and objectives of the integration policies not only at European level, but also at national level, examining regulations, strategies, innovative praxis and actions undertaken in some Member States such as Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Netherlands, Spain, Sweden and United Kingdom and, obviously, Italy.

The individual issues analyzed in this report cover the following topics :
participation of the principal national laws with international conventions enacted on the subject ;
1)laws and regulations governing the admission of refugees in the various States;
2)rules for the management, hospitality, housing and assistance for migrants arrive at the border;
3)the effectiveness of procedures to assess whether the applicant is entitled to refugee status, of iter for naturalization and of asylum policy, recently hit by international emergencies, such as, first and foremost , the current refugee crisis in Europe.

All Countries examined here have acceded to the 1951 Geneva Convention, relating to the Status of Refugees, and in particular its Protocol of 1967, on which is based the

[1] See L. RINELLI, *African migrants and Europe. Managing the ultimate frontier*, London - New York, 2016, *passim.*
[2] See A. DI PASCALE, *Integrazione e mercato del lavoro: il modello proposto dal diritto comparato*, Milano, 2010, *passim.*

common European system of asylum; the States underwriters of the Convention are required to protect refugees on their territory in accordance with the principle of non-refoulement (non-return of refugees to places where their lives or freedom would be threatened for race, religion, nationality or membership of a particular social group or political opinion).

The Convention permits divergent practices in the processing of applications; so these Countries examined vary significantly discipline on their receptivity of asylum seekers, introducing many procedures to be applied to different categories of applicants, including, in particular, the inhabitants of the countries where the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR).

Established that asylum seekers are required to submit an application for asylum to the competent authorities of the Country, this report must examine the different types of assistance provided to migrants in any jurisdiction, analyzing especially the issues of accommodation, food, access to medical care, education, employment, travel documents and information about their legal rights; moreover, in some States, the requirements for naturalization aren't different for refugees and ordinary immigrants, while, in others, certain criteria, such as the required length of residence, discern between refugees and other migrants.

Some Countries have provisions for family reunification by allowing those granted international protection to be applied for such protection for family members outside the country; furthermore, practices vary considerably regarding permission to travel within and outside the jurisdiction and the type of documentation required for travel permit.

2. The integration is an important aspect of the broader immigration policy of the European Union[3]; in fact, in recent years increased greatly the sensitivity in the field through the adoption both of legal instruments, both of non-binding acts.

Initially, the Tampere European Council in 1999, the first five-year programme of the new common immigration policy, stressed the "importance of arranging a more vigorous policy of integration of third-country nationals, aiming to ensure equality of rights and obligations than those that accrue to European citizens"; in 2004, the Hague programme remarked "the need for greater coordination between national immigration policies and European initiatives"; the subsequent Treaty of Lisbon expressly sanctioned the "existence of a competence in the field of integration in the European Union", which aims to promote and support the action of Member States by means of soft-law.

The regulatory framework of the U.E. under topic grew slowly, but progressively, and is currently composed of: Common Basic Principles on integration; two manuals for the integration policy and organisations competent authorities; three annual reports on migration and integration; the creation of National Contact Points on Integration ("NCPI"); the establishment of a specific fund to support national initiatives on the topic and, more recently, a specific website and the European Forum on integration.

During the period 2011/2014, the European Union has introduced a Common European Asylum System (CEAS), attempting to remedy the current refugee crisis which has placed under extraordinary pressure especially the "States Members of first entry" (like Greece and Italy) and ensuring international protection not to migrants departed for economic reasons, but only to refugees fled to a well founded fear of persecution[4].

[3] See C. COSTELLO, *The human rights of migrants and refugees in European law*, Oxford, 2016, *passim*.

[4] See G. CATALDI, *A mediterranean perspective on migrants' flows in the European Union. Protection of rights, intercultural encounters and integration policies*, Naples, 2016, *passim*.

The CEAS is composed of a number of directives and regulations that require action by the EU Member States or are directly applicable within their national legal systems: at the center are the right to asylum and the prohibition of refoulement, which must also be in conformity with the case law of the European Court of Justice and the European Court of human rights.

During 2015, various EU agencies provided assistance, financing, training and experts to the Member States to implement CEAS and in November the Commission signed an Action Plan with Turkey, designed to reduce the migration flow entering EU through Greece; resettlement is deemed an integral part of CEAS.

Directive 2013/32/EU on Common Procedures for Granting and Withdrawing International Protection defined "international protection" as a request made by a third-country national or a stateless person who seeks refugee status or subsidiary protection; applications for international protection submitted by third-country nationals or stateless persons are governed initially by Directive 2011/95/EU, which establishes common standards to grant international protection to those who qualify, and by article 3(1) of the Dublin Regulation 604/2013, which is binding on Member States and Norway, Iceland, Liechtenstein, and Switzerland.

If article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union guarantees the right to an effective remedy to everyone, according to article 46 of the Common Asylum Procedures Directive European Union law requires that asylum seekers must have the right to request a review of a negative asylum decision before a court or tribunal in the case of

(a) an unfounded negative decision on the applicant's application for international protection;

(b) a decision that the application is inadmissible;

(c) a decision to withdraw international protection;

(d) a decision taken at the borders or in a transit zone.

Applicants have the right to remain in the Member State where they applied until the competent authority decides on the case, but not the applicant to a residence permit; Member States must allow applicants to move freely within their territory, or within an area assigned to them, and give them permission to leave the assigned area.

Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 requires EU Members to guarantee "material reception conditions" (i.e., housing, food, clothing) and health care to ensure an adequate standard of living and to guarantee the physical and mental welfare of applicants for international protection, as well as to provide applicants access to the labor market no later than nine months from the date when the application for international protection was made.

The rate of employment of third-country nationals (52.7%) is significantly lower than that of citizens of the Union (64.4%); this difference is unfortunately particularly marked among women.

Moreover, migrants are more present in the riskier sectors of employment, in undeclared work of low quality and population sectors most exposed to health risks and social exclusion; a specific issue is concerned, in addition, highly skilled migrants or educated, who are often unable to find a job that matches their qualifications and have to accept low-skilled and poorly paid jobs.

Diversity management is a key instrument for promoting the integration of migrants into the labour market; it may also prove to employers an effective strategy and beneficial for achieving the objectives of their business, because manage and adapt the organization

of labour taking full advantage of the skills offered by employees of different origins and training (b.a., language skills and intercultural understanding[5]) can certainly increase the focus on business opportunities in foreign markets.

However, the said integration into the labour market cannot be achieved in the long run if not relying on generalized integration of migrants in social, cultural and political life of the host country[6]; in this perspective, rightly and laudably, Member States are required to give to the minor children of applicants and to the applicants who are minors access to the state educational system under completely similar conditions as their own nationals within three months from the date the application was made and to provide preparatory classes, including language classes, to minors, if would be necessary to facilitate their participation in education.

Member States EU must guarantee the right to effectively make a claim for international protection without obstructions or undue delay; they are allowed to adopt or retain more favorable standards as to who qualifies as a person in need of international protection and on reception conditions, as long as such rules and standards are, in general, compatible with EU rules.

3. Belgium is a Country with a long tradition of immigration and, compared to the other States examined, the immigrant population is rather heterogeneous: in particular, migrants, arrived in several successive waves of immigration (the colonial history hasn't had an important effect on topic), only 45% came from the Member States of the U.E. (if in 1950's immigrants were mainly of Italian origin and had settled mainly in industrial areas of Wallonia and Limburg[7], the successive waves in the 1960's-1970's are came from Morocco and Turkey and settled mainly in the big cities of Brussels, Antwerp and Ghent).

The complex administrative structure, which generates considerable difficulties of management policy for lack of coordination and interaction between different actors, divide between the federal level, regions and linguistic communities (each with its own Government) also the specific skills in the area of immigration and integration: while the first is responsible for defining the rules on entry, residence and expulsion of migrants (in particular, the *Centre pour the égalité des chances et la lutte contre le Racisme*, created in 1993, watch over respect for fundamental rights of aliens, promotes equality of opportunity and the fight against all forms of discrimination, exclusion, restriction or preference based on nationality, support cooperation and dialogue between public and private actors involved in the policies of integration of immigrants), the seconds (Flemish, French and German) process integration policies.

Integration policies, totally lacking in 1970 (at that time the receive activities were guaranteed exclusively by local immigrant associations or Belgian organizations, although financed by the State) and launched only in 1984, introducing dual "jus soli" by "Citizenship Code", are divided into the following main profiles: simplification of the acquisition of

[5] See F. FORSBERG LUNDELL - I. BARTNING, *Cultural migrants and optimal language acquisition*, Bristol, 2015, *passim*.

[6] See M. CROCK, ***Migrants and rights***, Burlington, 2015, *passim*.

[7] See N. PERRIN - M. POULAN, *Italiens de Belgique. Analyses sociodémographiques et analyses d'appartenances*, Louvain-la-Neuve, 2002, *passim*.

citizenship; fight against racism and discrimination; specific measures against unemployment and social exclusion[8].

Notable is the difference of approach to defining new rules and criteria for the attribution of nationality between Flemish and French speaking communities: in the first is greater the influence of the Netherlands and is inevitable the support for minorities policy, promoting cultural diversity (indeed, the Decree for the civic integration, adopted by the Flemish Government on 2003 and entered into force on 2004, has introduced a mandatory path of integration, inspired by the Dutch model, aimed at all adult newcomers who settle in a town in Flanders, and at those who have arrived more than a year and have applied for welfare, which provides for a language course - between 90 and 180 hours - , a social orientation course - about 60 hours - and a job orientation course); in the second dominates a speech of inspiration to *républicanisme Français* (in Wallonia, after a decree was adopted in 1996 specifically to provide a legal framework for reception and integration of foreigners and their children that identify, inter alia, regional funding measures to support associations and local authorities, were created in 2002 the Walloon Intercultural Forum and in 2003 the *Conseil consultatif wallon pour intégration des étrangères ou d'origine étrangère persons*, both coordinated with seven *Centres Régionaux d'Intégration des Personnes Etrangères et d'origine Etrangère* - CRI -) for ensuring the implementation of the different aspects of integration, including housing, health and education)[9].

The "Citizenship Code" on 2000 designated four ways to acquire Belgian nationality: by declaration of nationality, with the "easy option", by marriage to a Belgian citizen and by naturalization [10].

4. Denmark was the first signatory to the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol; ratification was made through the Danish Aliens Act, which gave asylum to those who qualify as refugees under the Convention (persons who "owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it").

Asylum seekers who don't qualify as refugees may receive the so-called "subsidiary protection" "if returning to their home country would mean they face capital punishment, torture or inhumane or degrading treatment or punishment" or the so-colled "temporary protection status" "to individuals who face capital punishment, torture or inhumane or degrading treatment or punishment due to severe instability and indiscriminate violence against civilians in their home country".

Denmark, signatory to the Refugee Convention, received refugees both through the U.N. High Commissioner for Refugees relocation program, both through application from persons arriving at the border, vetted by the Danish Immigration Service and by the po-

[8] See D. JACOBS - A. REA, *Construction et importation des classements ethniques. Allochtones et immigrés aux Pays-Bas et en Belgique*, in *Revue européenne des migrations internationales*, 2005, pp. 35-59.

[9] See M. VAN MEETEREN, *Irregular migrants in Belgium and the Netherlands: aspirations and incorporation*, Amsterdam, 2014, *passim*.

[10] *See D. TORTON - J. GONZALES, Immigration in Europe. Issues, Policies and Case Studies, Bilbao, 2003, passim.*

lice[11]; in rare cases, such as when an asylum seeker is suffering severe illness, asylum seekers may receive "humanitarian protection", temporary and only lasts as long as the humanitarian grounds for protection (e.g., the illness persists).

Unaccompanied minors have the right to special representation (through a guardian) and receive Danish temporary residence permits and, in this perspective, allows for family reunification; moreover, asylum seekers are housed in asylum centers and after six months of applying are allowed to find their own housing and receive cash benefits until their application has been processed, if they cannot support themselves (but, however, they can't buy real property).

Moreover, unlike asylum-center housing, which is financed by the State, an asylum seeker must finance his own housing, contract with the Danish Immigration Service, promise to leave the country if he or she is denied asylum and doesn't receive extra monetary benefits to cover his or her expenses in such housing; in addition, he or she may receive other benefits/assistance from the government, such as hygiene products or baby-care products, and have the right to urgent health care; in detail, asylum seekers under the age of eighteen have the same right to health care as Danish children, as asylum seekers aged seven to sixteen have the right to attend school free of charge either at the asylum center, remotely, or at local schools.

To receive Danish Citizenship through naturalization a person, habitually, must be a permanent resident of Denmark; in detail, refugees for receive citizenship after eight years of continuous residence (nine years for other foreigners) must pass a language test as well as history and civics tests, swear allegiance to Denmark, not have a criminal record and meet selfsufficiency requirements[12]; from 4 february 2016 eleven laws entered into force to stem the influx of asylum seekers and make Denmark a less attractive destination and they are applicable also to asylum seekers already arrived in the country.

The most relevant measures are the introductions of residence permits shorter, more strict policies on family reunification and the seizing of valuables from asylum seekers; the Danish Ministry of Immigration, Integration and and Housing justified this controversial initiative by noting that the Danish welfare is designed to help people who don't have the financial capacity to help themselves, but not those who, in contrast, may do so (and this principle also includes asylum seekers).

5. After that Finland acceded to the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees (and its protocol), actually Finland's Aliens Act and special legislation prescribe how asylum seekers should be treated while they await a decision; moreover, Finland accepts "quota refugees" through a relocation program administered by the UNHCR as well as asylum applications from individuals arriving at its borders.

Indeed, in addition to UNHCR refugees, Finland also grants asylum to migrants seeking subsidiary protective status – expressly, who "is subject to a real risk of serious injury (death penalty or execution, torture or other treatment or punishment that is inhumane or degrades human life, or serious or personal risk that stems from indiscriminate violence in connection with an international or internal armed conflict) if he or she is sent back to

[11] See J.S. NIELSEN, *Islam in Denmark. The Challenge of Diversity*, Plymouth, 2012, *passim*.

[12] See J.H. FRIBERG, *Labour migrants from Central and Eastern Europe in the Nordic countries*, Copenhagen, 2013, *passim*.

his or her home country or country of permanent domicile, and he or she cannot or because of that risk does not want to avail him or herself of that country's protection" – .

In Finland may still receive asylum, as third category not qualified as refugees or persons in need of alternative protection, the migrants who search for humanitarian protection, who cannot return to their home country due to an environmental catastrophe, a violent conflict, or a serious situation threatening human rights; at last, a bona fide asylum seeker is a fourth category of persons who meet the criteria of refugee under the Convention Relating to the Status of Refugees.

Finland carries out background checks on all asylum seekers; it also analyses whether the asylum seeker could have sought refuge within his or her home country and also carries out medical testing to determine the age of asylum seekers; an asylum seeker can gain Finnish citizenship after four years as a continuous resident, followed by five years as a permanent resident of Finland: before attaining continuous residency, an asylum seeker receives temporary residency of varying duration[13].

A person must have been granted asylum before he or she can apply for family reunification, which is possible for legal guardians, spouses, children under the age of eighteen and in rare cases for other family members who are dependent on an asylum seeker who has been granted residence (proof of financial capacity to care for one's family members is not required for the reunification of immediate family members), but can be refused in cases where there is reason to believe that a person has received legal status by providing false information to the authorities.

Persons who seek asylum status can receive cash benefits, schooling, and health care provided by the government and migrants who are granted asylum receive social services from the local municipality where they live: indeed, asylum seekers arriving in Finland can receive a monthly cash benefit, which is meant to cover such things as the cost of clothing, minor health care expenses, personal expenses such as telephone service, social services and "urgent health care" (included "dental, health care, substanceabuse care and psychosocial support")[14].

Children who permanently reside in Finland are mandated to attend school starting the year they turn seven years old; asylum-seeking children (both unaccompanied minors and minors arriving with their legal guardians) have a legal right to attend school free of charge; schooling for persons who do not permanently reside in Finland may be carried out remotely.

By the fall of 2015 the number of asylum seekers in Finland had increased nearly tenfold from 2014 levels; because the largest increase was seen among Iraqi citizens, the Finnish government was prompted to negotiate a repatriation agreement with Iraq.

6. France is traditionally a country of immigration, both for its colonial past[15], both for the specific structure of the labour market, and has a long tradition of offering asylum

[13] *See* E. NYKANEN - E. PIRJATANNIEMI - O. SORAINEN - I. STAFFANS, *Migrants law in Finland, Alphen aan den Rijn, 2011, passim.*

[14] See J.H. FRIBERG, *Labour migrants from Central and Eastern Europe in the Nordic countries*, Copenhagen, 2013, *passim.*

[15] See N. MCMASTER, ***Colonial migrants and racism. Algerians in France: 1900-62*, New York, 1997, *passim*.**

to refugees; today the migrants amounts to about 5 million (nearly 60% is inserted into the labour market, especially on medium-low target).

The preamble to the French Constitution of 1946, which was incorporated by reference into the preamble of the current Constitution of 1958, declared that "any man persecuted in virtue of his actions in favor of liberty may claim the right of asylum upon the territories of the Republic": asylum applicants have a general right to stay in France until their asylum request has been processed and decided upon, and that, barring any threat to public order, all persons who qualify for asylum must be allowed to stay in France.

In addition to this constitutional foundation, French asylum law rests heavily on international and European law (of particular importance are the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees, and the European Union Regulation of 26 June 2013, referred to as the "Dublin Regulation") and propose two types of asylum protection: refugee protection and subsidiary protection. An applicant for asylum must be either on French territory or at a French border crossing point to request asylum; before coming, however, an asylum seeker may request a special visa for the purpose of asylum from a French embassy or consulate for be authorized to work while his/her application for asylum is being processed and evaluated.

Once in France, asylum seekers must register at a local prefecture as the first step of the asylum application process and then must send his/her application form to the *French Office for the Protection of Refugees and Stateless Persons* (OFPRA), which determines who is eligible for refugee status or subsidiary protection within six months (the OFPRA's decisions may be appealed to the National Court for Asylum Law); being a refugee greatly shortens the naturalization process, should the person wish to obtain French citizenship.

Refugees and beneficiaries of subsidiary protection have the right to live and work in France, to bring their spouse and children, to obtain travel documents from the French government and to get financial assistance called the Asylum Seeker Benefit (ADA), if their monthly income is under a certain threshold. At the same time they are required to sign the most significant innovation introduced in recent years in France to ensure the integration: the "accommodation and integration contract" (*Contrat d'Accueil et d'Intégration* or CAI), made mandatory by 1 January 2007[16], proposed to every newcomer, who aspires to establish itself in a stable manner in French territory, for a period of one year and may be extended only in exceptional cases, signed on an individual basis, as a prerequisite for the issue of a residence permit and implying the fulfillment of the condition of Republican integration (since "choose to live in France means having the will to integrate into French society and accept the fundamental values of the Republic", in addition to the oral and written knowledge of French, the CAI implies, therefore, the obligation for foreign nationals to respect the fundamental principles of French law including invoked), by which asylum seeker commit to attend a civic training program, an information session on life in France and, if necessary, language classes; moreover, asylum may be denied or revoked for individuals who have committed crimes or whose presence would be a threat to society or national security.

It was subsequently also introduced a "reception and integration contract" (CAIF), in force since 1 January 2009 and subscription jointly by family members, upon one or more children benefited from family reunification, which requires participation in a training course on the rights and duties of parents in France, as well as compliance with the obligation to attend school.

[16] See A.G. HARGREAVES, *Multi-Ethnic France. Immigration, Politics, Culture and Society*, New York, 2007, *passim*.

Refugees and beneficiaries of subsidiary protection have similar rights to social benefits as French citizens do (they are covered by the French universal health insurance scheme, for example, and they may get various social welfare benefits - guaranteed minimum income, family subsidies, access to social housing, etc. - under the same conditions as French citizens), but only have access to certain special aid programs during the time that their application for asylum is being processed, in order to facilitate their settlement into French society; specifically, asylum seekers may reside in special temporary housing facilities called Centers for the reception of asylum seekers (CADA) while their asylum applications are being processed.

In 2004, was introduced the High authority to combat discrimination and for equality (HALDE) with the aim of counteracting the work of all forms of discrimination prohibited by law (including racial or ethnic origin) and to provide the necessary information to assist the victims, identify and promote good practice; In addition, a law adopted in March 2006 and aimed at guaranteeing equal opportunities introduces a series of measures to strengthen the fight against all forms of discrimination, racial discrimination in particular.

The theme of the integration has become central to the political debate following the crisis of the suburbs in the beginning of this twenty-year period and terrorist acts of the last five years that have undermined French immigration policy, prompting the Government to rethink the whole system with the adoption of programmes to ensure appropriate integration of immigrants. [17]

Over the past several years have been attempts to understand the reasons for this failure: some have pinned ideological aspects, emphasizing in particular the defeat of the assimizionalista model, which had featured integration policies implemented in the country; others have pointed out the objective social marginalisation where immigrants and their children found themselves, because of the inadequacy of social facilities provided by the Government to reduce the disparities between social classes, such as public housing and education, which has compounded the problems rather than solving them[18].

The period 2003-2007 is characterized by a thorough review of legislation on immigration: seven regulatory reform the previous framework on integration, promoting *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA) and concept of immigration choise, thus introducing an obligation for immigrants, aspiring to establish itself on French soil in a stable manner, to undertake a process of integration, with the aim of fostering the inputs of those professional groups whose French labour market show a real need statement (such a view has also inspired the European framework, culminating in the adoption of the European Pact on immigration and asylum).

The migration should be treated as a whole and in partnership with the main countries of transit and origin and must be handled by the Ministry of immigration, integration, national identity and co-development, which in turn coordinates with a public reception created in 2005 (*Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations* (EDF ENERGY), today *Office Français de l'Immigration et de l'Intégration* - OFII -).

7. In Germany the right to asylum is a constitutional right granted to everyone who flees political persecution ("persecution that causes specific violations of individual rights and, due to its intensity, excludes the individual from the general peace framework of the

[17] See L.S. KULICK, *La France en tant que pays d'immigration*, Paderborn, 2009, *passim*.

[18] See D. THOMAS, *Black France. Colonialism, Immigration, and Transnationalism*, Indianapolis, 2007, *passim*.

state unit"), as stated in article 16a of the German Basic Law, for protect human dignity and reflect the view that any State hasn't the right to persecute an individual for his or her political or religious beliefs or other personal characteristics that mark him or her as different[19].

An asylum seeker is allowed to stay in Germany if he or she is granted political asylum, refugee status, or subsidiary protection, or if the agency declares a deportation prohibition, in accordance with the Asylum Act and the Residence Act, which are the two most important immigration laws in Germany that provide rules for the admission and handling of refugee claims and have endure recently several amendments due to the current refugee crisis.

In Germany, there are two categories of naturalization (naturalization by entitlement and discretionary naturalization): a refugee can obtain citizenship after six years of legal residence, rather than eight, and naturalization of refugees has also been deemed presumptively in the public interest for purposes of discretionary naturalization; in order to determine whether a person is entitled to refugee status, an in-person interview is conducted and country-specific resources and experts consulted and every applicant over the age of fourteen must submit to measures establishing his or her identity and provide fingerprints, which are cross-checked with national and European databases and the Visa Information System[20].

The Deutsche Alien Offices are responsible for all issues concerning residence law, such as accommodation, board, and other benefits; the Federal Office of Migration and Refugees, therefore, must inform the local agencies if an application for asylum has been made or an asylum procedure has been concluded.

Refugees are generally housed in reception facilities, which provide them with essential items like food, housing, heat, clothing, health care, and household items in kind or in the form of vouchers, whereas persons who are housed outside of reception facilities primarily receive cash allowances to purchase essential items; while an asylum application is pending, applicants are not allowed to leave the area of the reception facility without permission.

If an asylum application has been denied, the applicant is obligated to leave Germany and the local agencies monitor the departure and will instigate deportation proceedings if the applicant on purpose doesn't depart; all refugees considered for resettlement must have been registered and recognized by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR).

On 24 October 2015, the Act on the Acceleration of Asylum Procedures entered into force and amended several laws in order to accelerate the asylum process; substitute inkind benefits for cash benefits; reduce the financial burden on the German states and municipalities; reform integration policies for refugees; designate Albania, Kosovo, and Montenegro as safe countries of origin.

Additionally, on 1 August 2015, the Act to Redefine the Right to Stay and the Termination of Residence entered into force, amended the Residence Act by ordering a ban on entry and residence for applicants from safe countries of residence and in case of repeat follow-up applications and, furthermore, grants a residence permit to persons who can

[19] See D. COOPER, *Immigration and German Identity in the Federal Republic of Germany from 1945 to 2006*, Berlin, 2010, *passim*.

[20] See D.B. KLUSMEYER - D.G. PAPAPDEMETRIOU, *Immigration Policy In The Federal Republic Of Germany*, New York-Oxford, 2009, *passim*.

prove that they are wellintegrated after a period of eight years and to well-integrated minors after four years[21].

Subsequently, on 1 November 2015, the Act to Improve the Housing, Care, and Treatment of Foreign Minors and Adolescents entered into force: its goal is to improve the situation of young unaccompanied refugees and provide them with appropriate care[22].

At last, on 3 February 2016, the German government agreed on a set of stricter asylum measures (Asylum Package II), which accelerate the asylum application process; suspend family reunification for refugees with subsidiary protection status for a period of two years; decrease asylees' monthly cash benefits; facilitate deportation; establish a new Federal Police unit to help procure replacement documents; improve the safety of refugee minors; designate Algeria, Morocco and Tunisia as safe countries of origin.

8. Greece has suffered the brunt of migratory flows during the refugee crisis due to its geographical location and as first country of entry, pursuant to the Dublin Regulation; its legal system on asylum is based on the Geneva Convention of 1951 and its Protocol, and on E.U. law on the Common European Asylum System.

In 2011, the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the EU found that Greece's asylum system suffers from "systemic deficiencies", including lack of reception centers, poor detention conditions, and the lack of an effective remedy; so the European Commission has recommended a number of remedial measures for Greece, including efficient border management and implementation of the "hotspot" areas for the proper registration and fingerprinting of migrants.

Consequently, Greece adopted two action legislative plans to address the problems, but however significant gaps still remain, as exposed by the extraordinary migrant crisis of 2015[23] and as noted by the European Commission, which monitors closely Greece's compliance with EU asylum standards.

Greek asylum authorities attribute rights and benefits to persons granted refugee status or subsidiary protection and, particularly, ensure the family unity of those two category of migrants: indeed, the families of such persons acquire the same status as the applicant, unless they don't wish to have it; to those recognized refugees or beneficiaries of secondary international protection (and their family members) are granted a residence permit for three years, renewable at the request of the person concerned.

Recognized refugees take travel documents by the Passport Office of the Greek Police (required documents, duration and renewal are determined by Law 3103/2003) and are subjects to the Greek legislation on remuneration, terms of employment, training, and educational opportunities, while the persons recognized in need of international protection have access to employment, either salaried or independent, pursuant to Presidential Decree 189/1998.

Beneficiaries of international protection, recognized refugees or persons with subsidiary protection status have access to social welfare and have the right to health care under the same basis and conditions as nationals; therefore, those who have special needs, such as pregnant women, the elderly, unaccompanied children, people who have been subject to

[21] See R.C.M. BEYER, *The Labor Market Performance of Immigrants in Germany*, Frankfurt, 2016, *passim*.

[22] See L. BLOCK, *Policy Frames on Spousal Migration in Germany. Regulating Membership, Regulating the Family*, Berlin, 2016, *passim*.

[23] See N. TELLER, *The Chaos in the Middle East: 2014-2016*, Leicester, 2016, *passim*.

torture or other inhuman or degrading treatment, or persons with disabilities, as well as trafficking victims and those who come from conflict areas, are entitled to sufficient medical care, including psychological care and support, under the same conditions as nationals.

Furthermore, Presidential Decree 220/2007 provides for free healthcare services for all asylum seekers regardless of whether they are hosted in the reception facilities or not; however, access is conditioned depending on the economic status of the asylum seekers and, in the case of asylum seekers with disabilities, a monthly allowance is granted subject to Health Committee approval.

Minors who have been recognized as refugees must have access to education as well as adults have access to educational training and development under the same terms and conditions as nationals; in more detail, unaccompanied minors are provided with extra care and protection by the appropriate Greek authorities.

Recently, a joint ministerial decision, which was adopted in February 2016, provides the procedure to determine whether an applicant is a minor: a guardian or a representative is appointed to represent the interests of the child and accommodations are provided either with family members, foster families, or special hospitality centers for minors. In argument, the European Commission's 2016 Recommendation to the Greek government asserted that the current guardianship system is problematic, since public prosecutors are appointed to represent minors and don't have appropriate resources to handle the large number of minors who need a guardian, and also noted the lack of a guardianship system within the Greek legal system to enable prosecutors to appoint permanent guardians.

To ensure that the Common European Asylum System applies properly, on 10 February 2016 the Commission urged Greece to take additional measures to enable the eventual resumption of Dublin transfers, including bringing the reception conditions up to EU standards, ensuring effective access to the asylum procedures throughout Greece and resuming the operation of appeal committees.

The appropriate Greek authorities are required to provide assistance to those refugees and those who possess subsidiary protection to return to their countries of origin, if they so wish; in argument, the Commission has urged Greece to comply fully with the Returns Directive in order to ensure the return of those who do not qualify for international protection back to their country of origin and to utilize the maximum allowed detention of eighteen months to avoid a situation where detention ends before migrants are effectively returned[24].

9. The Netherlands stands out as a pioneer country in Europe for the attention to the issue of integration of minorities and the introduction of specific policies and since the 1960's has been the recipient of massive migratory flows, although in recent years we have introduced a more restrictive policy in connection, in particular with regard to family reunification, based on a model where evidence of adequate integration becomes assumption to access and stay in the country[25].

Among the foreign immigrant population larger components are the Turk (11%), Moroccan (10%), those from the former colonies (10%) and the Netherlands Antilles (5%) and, above all, that coming from other OECD countries (35%, Germany, Belgium and

[24] See H. O'NIONS, *Asylum - A Right Denied. A Critical Analysis of European Asylum Policy*, New York, 2016, *passim*.

[25] See M. VAN MEETEREN, *Irregular migrants in Belgium and the Netherlands: aspirations and incorporation*, Amsterdam, 2014, *passim*.

United Kingdom in particular); however, the majority of migrants has made entry into the country in recent decades as a result of family reunion or on humanitarian grounds (from Iraq, Afghanistan and Iran in the first place).

Starting 1970's the Ministry of culture and social work developed a policy to address the needs of the groups identified as vulnerable (guest workers, asylum seekers, immigrants from former colonies - Suriname, Netherlands Antilles and Moluccas -); in particular, the increasing concentration of migrants and their families in specific urban areas urged local authorities to take action, by taking initiatives in the area of housing, education, healthcare, and pushing the national authorities to recognise - and funding - these measures the most important of which was the adoption of mother tongue and culture program (1974), for facilitate the reintegration of the children of guest workers to their countries of origin.

The report presented in 1979 by the Scientific Council for government policies "Ethnic Minorities" supported the need to fully recognise a number of immigrants have settled definitively in Holland and then start a policy aimed at integration; in response, the Government accepted the suggestion of creating a policy for ethnic minorities and developed in the 1980's a strong coordination structure to the implementation in the Ministry of the Interior (the Minority Policy Coordination Department), in order to avoid the risk of marginalization for groups with low socio-economic status and promote gender equality in socio-economic and religious equality, ensuring priority routes of the autonomy of these groups.

If in 1980's, in the field of public housing, it was permitted to foreigners legally staying full access to "social housing", the discipline on citizenship was modified to include more elements of ius soli, making entry requirements for immigrants and their children and the promotion of the culture of migrants was left to the same groups and their organizations, while the role of the Government has been promoting opportunities for minorities, such as the special programmes in the languages of immigrants in the media, in 1990's the policy for minorities began to enter into crisis becoming subject to political debate, determining a location of afterthought that led to the adoption in 1994 of the document *Contourennota* that defines a new integration policy focused mainly around two new concepts of "good citizenship" and "self-responsibility"[26].

The political climate and the debate in the media put into question the idea of a multicultural society even in the 2000's; a series of violent actions committed by immigrants in 2003, which received great media hype, and then several events around the theme of fundamentalism and preaching a radical islam, whose were accused some imams, have helped strengthen the image of political failure; as a result, a special parliamentary Commission of investigation on integration policies was created, the integration policy coordination was moved from the Ministry of the Interior (of which had been a member for 22 years) to the Ministry of Justice, in the context of a new Ministry for foreigners and immigration and, since 2003, a "new policy of integration" has increased emphasis on the cultural adaptation of immigrants in Dutch society[27] and has introduced a language testing of integration to deal with overseas for the purposes of issuing visas for family reunification to make the process of integration of newcomers in the Netherlands more efficient and effective (however, in general it does not cover those people who need to emigrate to Holland for other commercial purposes (subordinate or autonomous), highly skilled workers, asylum seekers

[26] See E. VASTA, *From minorities' policy to majority's policy*, in *Journal for Ethnic and Racial Studies*, 2007, pp. 713-740.
[27] See H. ENTZINGER, *Changing the rules while the game is on. From multiculturalism to assimilation in the Netherlands*, in M. BODEMANN - G. YURKADUL, *Migration, Citizenship, Ethnos. Incorporation regimes in Germany, Western Europe and North America*, New York, 2005, pp. 121-144.

and those who require a temporary visa (study, medical care etc.), in addition, be exempt citizens of Suriname who completed at least one year of elementary education in the Dutch language in Surinam or the Netherlands in the case of family reunification (also excluded are EU citizens and the European economic area, as well as from Australia, Canada, Japan, New Zealand, South Korea, Switzerland and United States)[28].

Later, the Civic Integration Act (*Wet inburgering*), adopted on 20 November 2006 and entered into force on 1 January 2007, aims to ensure that foreigners residing permanently in the Netherlands acquire sufficient knowledge of the Dutch language and values and enable their effective participation in society, thereby increasing the speed and effects of the integration process; it identifies three groups of people who must maintain a civic integration path: the "old" arrived (*oudkomers*), newcomers (*nieuwkomers*) and the religious authorities (*geestelijk bedienaren*) and, in implementing the new system integration, recognizes a central role to the municipalities who have to organize various activities to ensure the effective implementation of the new system, such as courses or regional roundtables aimed at ensuring the exchange of information and training.

Finally, the economic and Social Council in 2007 he addressed specifically to the theme of the high level of unemployment of young foreigners, linked in particular to their low level of schooling/training; to this end, proposed measures especially to reduce early school leaving and to improve the labour market position of the children of immigrants (the second generation), which appear quite disadvantaged compared with young Dutch, despite the second generation is now relatively well integrated in the public sector, to an extent far greater than many other OECD countries.

Finally, in recent years has been paid particular attention to making better use of immigrants' qualifications by introducing transparent procedures for the recognition of foreign degrees by a specific organism specially created: the Center for evaluation of credentials.

10. The Spanish Constitution provides that the terms under which citizens from other countries and stateless persons may enjoy the right to asylum in Spain will be determined by law; in furtherance of the constitutional mandate, Law 12/2009 Regulating the Right of Asylum and Subsidiary Protection (LRASP) was adopted to provide the legal framework applicable to refugees and stateless persons who seek asylum in Spain and applies to those who qualify as refugees under the definition provided by the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol.

Spain's Law Regulating the Right of Asylum and Subsidiary Protection provides three types of international protection (conventional asylum for refugees, subsidiary protection, and exceptional protection for humanitarian reasons) and also has a program for resettlement of refugees.; as required by the LRAS, the Ministry of Interior examines the application and must render a decision within a deadline of six months, or three months in some circumstances, and the Office of Asylum and Refuge (OAR) within the General Sub-Directorate of Asylum of the Ministry of Interior is the authority on asylum matters.

Are excluded from refugee status individuals already protected under United Nations agencies other than the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR); individuals whose country of residence has given them the rights and obligations inherent to the nationals of such country; individuals who have committed or instigated the perpetra-

[28] See D. JACOBS - A. REA, *Construction et importation des classements ethniques. Allochtones et immigrés aux Pays-Bas et en Belgique*, in *Revue européenne des migrations internationales*, 2005, pp. 35-59.

tion of a crime against peace, a war crime, a crime against humanity, or a serious crime under Spanish law, or have engaged in organized crime; individuals guilty of acts contrary to the principles and purpose of the United Nations and its founders.

Asylum seekers are excluded from subsidiary protection if have committed or instigated the perpetration of a crime against peace, a war crime, a crime against humanity, or a serious crime under Spanish law, or have engaged in organized crime, if have been guilty of acts contrary to the principles and purpose of the United Nations and if have constitute a danger to the internal or external security of Spain.

The Law provides for the rights and obligations of international protection for applicants and those granted refugee status to include identity cards and travel documents, legal residence and work permits, social services benefits, education, health care assistance, social integration programs and family reunification[29]: while the state has authority over asylum, international protection, and refugee resettlement, the autonomous communities (Spanish regions) and local authorities are responsible, in their respective jurisdictions, for the implementation of social integration policies on employment, education, culture, health, welfare and housing for immigrants, including refugees; the government will set up social integration programs for protected people under equal opportunity and nondiscrimination standards.

Those granted international protection as refugees or beneficiaries of subsidiary protection have the right to apply for international protection of their family members, including spouses or partners in a permanent partnership or union, dependent parents, and minor children. Other family members may be reunified upon proof that they were dependent on the applicant in the country of origin[30].

The OAR may reject any application for international protection if Spain doesn't have jurisdiction to process the petition in accordance with international agreements; when the application doesn't meet the legal requirements for its processing; when the applicant already has refugee status in another state; when the applicant comes from a safe third country; when the application is a resubmission of a previous one already denied; and when the applicant is a national of another EU country (the nonadmission or rejection of applications for international protection results in the return, expulsion, or compulsory departure of the applicant from Spain).

11. Sweden was the first country in Europe to grant asylum seekers from Syria permanent residence permits and, during the Iraq war, Södertälje, a small swedish municipality, took more Iraqi refugees than the United Kingdom and the United States combined (from 2012 to 5 December 2015, asylum seekers arriving from Syria were automatically given permanent residence, but on 22 October 2015, the government signed a deal with the opposition that only family members and unaccompanied minors would continue to receive permanent residence permits)[31].

Refugees are defined in Swedish law as persons who are refugees according to this Protocol, that is, a person who, "owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, sex, sexual orientation or membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable to, or

[29] See A. GEDDES - P. SCHOLTEN, *The Politics of Migration and Immigration in Europe*, London, 2016, *passim*.
[30] See D.L. LEAL - N.P. RODRÍGUEZ, *Migration in an Era of Restriction and Recession*, Austin, 2016, *passim*.

[31] See E. FRIPP, *Nationality and Statelessness in the International Law of Refugee Status*, Portland, 2016, *passim*.

owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it".

A persons in need of subsidiary protection is "a foreigner who does not qualify under the Ch. 4 § 1 Aliens Act definition as a refugee, and who is outside of his or her country of citizenship because there is a well-founded reason to believe that the foreigner would be at risk of being punished by death or be subject to corporal punishment, other inhumane or degrading treatment or punishment, or [being] a civilian, be in serious risk of injury due to an armed conflict, and the foreigner cannot, or because of the risk mentioned above, does not want to avail himself to the home country's protection"; the same test applies to a stateless person who is outside a country where he or she has previously had his or her residence.

Sweden has revised its asylum policies considerably following the refugee crisis of 2015: today asylum seekers are given free housing, health and dental care and schooling for children ages pre-kindergarten to twenty, but family reunification has become more restrictive (after November 24, 2015, however, only UNHCR quota refugees qualify for permanent residency: to become a citizen through naturalization a person must have been a permanent resident of Sweden for four years if he or she is a refugee).

There are also special rules for the acquisition of citizenship that apply to young adults: a young adult (between eighteen and twenty-one years of age) can acquire Swedish citizenship through notification if he or she has a permanent residence permit and has lived in Sweden since the age of thirteen, or fifteen if he or she is stateless; in addition to being a permanent resident, naturalization also requires that the person seeking citizenship be at least eighteen years old and prove his/her identity.

Persons arriving in Sweden as asylum seekers receive free housing and monetary support while their application is pending: while financial support is made up of a daily sum meant to cover the personal expenses of asylum seekers (such as clothing and telephone costs), they have the right to health care and dental care under the Health Care Act and the Act on Health Care for Asylum Seekers (also undocumented immigrants have the right to urgent health care at the cost of the municipality - county council -). Upon arriving in Sweden asylum seekers are either provided housing or are responsible for finding housing themselves; persons who find their own housing must provide the address to the Migration Authority.

Minors who are asylum seekers have the same right to health care as Swedish citizen children living in Sweden and have a legal right to attend school (ages pre-kindergarten to completion of high school) while awaiting asylum, but, on December 5, 2015, the government announced that unaccompanied minors who seek asylum in Sweden will be required to undergo medical testing unless they can prove their age: these medical age tests have been a controversial issue in Sweden[32], because, after that in 2012 the National Board of Health and Welfare (*Socialstyrelsen*) published a report in which it criticized age determination through medical testing as unreliable, the Swedish Bar Association has also published ethical guidance stating that licensed attorneys should not participate in medical age determinations of their clients; in addition, the Swedish Supreme Migration Court (*Migrationsöverdomstolen*) found in September 2015 that the Migration Authority only needed to inform an asylum seeker of the possibility of undergoing medical age testing and that a deci-

[32] See P.W. VAN ARSDALE, *Global Human Rights: People, Processes, and Principles*, Long Grove, 2016, *passim*.

sion on the asylum-seeker's application can be made without medical testing having taken place.

12. Since 1891, the UK common law has provided that no alien has any right to enter this country except by leave of the Crown; in this perspective, the Aliens Restriction Act 1914, the Aliens Restriction (Amending) Act 1919 and the Rules and Orders made under these Acts gave the common law rule a statutory basis and formed the restrictions on immigration. The statutory regime governing immigration in the UK is currently contained in the Immigration Act 1971 and the Immigration Rules, made under it, are a very fluid set of rules that change frequently by a Statement of Changes which is laid before Parliament[33].

The UK has extensive provisions in place to provide protection to persons seeking asylum while protecting the public from individuals who may exploit the asylum system; if the law requires individuals who are not British or Commonwealth citizens with the right of abode in the UK or members of the European Economic Area to obtain leave to enter the UK from an immigration officer upon their arrival, recently, a program has been introduced in response to the Syrian crisis, which accepts selected refugees from the Syrian region.

The Home Office is the government department with primary responsibility for almost all aspects relating to immigration, including asylum, nationality and border control laws; UK Visas and Immigration, acting on behalf of the Home Secretary and Minister for Immigration, is responsible for processing asylum applications; Immigration Enforcement ensures that immigration laws are complied with, such as the prohibition on working without proper authorization, and also works to remove individuals that do not have permission to remain in the UK; the Border Force is responsible for immigration and customs controls at UK ports and airports and has recently been given the duty of conducting exit checks; HM Passport Office is responsible for processing applications for British passports, both overseas and in country.

Asylum is the term given to the protection offered to individuals who are fleeing persecution in their own country; as a general rule, asylum seekers may apply for asylum only after entering the UK and, if they meet the application criteria, receive refugee status. Decisions for asylum and humanitarian protection claims are considered on an individual, objective, and impartial basis: immigration officers don't take part in determining asylum applications but pass them on to UK Visas and Immigration, which makes a decision on behalf of the Secretary of State for the Home Department and must have knowledge of the "relevant standards applicable in the field of asylum and refugee law" issued by the Asylum Policy Instructions.

Applicants who don't receive refugee status may still be granted leave to remain in the UK for humanitarian or other reasons if there is a real risk that they would suffer serious harm after returning to their country of origin, but the nature of this harm isn't specified in the UN Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees.

Refugee status and humanitarian protection provide the individual with permission to reside in the UK for an initial period of five years, with the right to work and access welfare benefits; lawful residence in the UK for a continuous period of five years generally qualifies an individual to apply for UK citizenship.

[33] See C. HARVEY, *Seeking Asylum in the UK: Problems and Prospects*, Oxford, 2000, *passim*.

If a person does not qualify for refugee status or humanitarian protection but removal would breach the UK's human rights obligations, a situation that typically arises when a person has strong private and family ties to the UK, he or she may be granted temporary permission to remain in the UK.

The determining factor for receiving asylum is whether the individual meets the criteria contained in article 1 of the Refugee Convention and Protocol, which defines a refugee as a person who "owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion, is outside the country of his nationality, and is unable to or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country".

In cases where the asylum applicant is not eligible for asylum, he or she may be entitled to stay in the UK on humanitarian grounds if he's in the UK, or has arrived at a port of entry in the UK, and doesn't qualify as a refugee under regulation 2 of the Refugee or Person in Need of International Protection (Qualification) Regulations 2006; the key criterion to a grant of humanitarian leave is the existence of substantial grounds for believing that if the applicant returned to the country of origin he or she would face a "real risk of suffering serious harm" and the applicant is therefore unable to return to that country" (he or she must also not fall within a category of persons who are to be excluded from humanitarian protection)[34].

In an attempt to remove the perception that the United Kingdom is a "soft touch" for asylum seekers and the public perception that asylum seekers are taking away money from benefits that citizens of Britain are entitled to, the early 2000's saw the government introduce a number of controversial new laws with the objective of not permitted to work, allow for administrative detention, limit the benefits provided and enable benefits to be withdrawn[35].

However, individuals lawfully present in the UK for specified periods of time, including those granted refugee status, may be eligible for naturalization if they meet additional criteria, in accordance with the British Nationality Act 1981, as amended; refugees may be able to obtain British citizenship through naturalization but this isn't granted automatically to individuals who have legally resided in the United Kingdom for any period of time or to individuals who marry British citizens or babies born in the UK (such individuals must meet specific criteria contained within the British Nationality Act 1981 and apply for citizenship).

Citizenship through naturalization is not an entitlement or right: certain legal requirements must be met and the Home Secretary must "see fit" to grant citizenship (having ability to communicate in English, Welsh, or Scottish Gaelic; being of sound mind; having a good character)[36].

In more detail, in all cases where children are involved Citizenship and Immigration Act 2009 requires the Home Office to safeguard and promote the welfare of children in the UK; in addition, individuals who obtain permanent leave to remain or citizenship are entitled to bring their immediate family members, defined as their spouse and any children under the age of eighteen.

[34] See M. SYMES - P. JORRO, *Asylum Law and Practice*, London, 2010, *passim*.

[35] See L. FRANSMAN, *British Nationality Law*, London, 2011, *passim*.

[36] See T. BROOKS, *Becoming British. UK Citizenship Examined*, London, 2016, *passim*.

Parents and grandparents of settled persons or citizens are permitted to join their children or grandchildren in the United Kingdom but only if they are over the age of sixty-five and have no other relatives to support them in their home country; other close relatives, such as aunts, uncles, brothers, and sisters may be eligible "if living alone outside the United Kingdom in the most exceptional compassionate circumstance" (there are financial requirements that the British citizen or UK resident must meet in order to ensure their family migrant).

13. Italy is among the few European countries to proclaim a right to asylum in their Constitution ("[a] foreigner who, in his home country, is denied the actual exercise of the democratic freedoms guaranteed by the Italian constitution shall be entitled to the right of asylum under the conditions established by law"); in addition, Italy has adhered to or ratified the most important international treaties providing for the protection of refugees and their families and also for an abbreviated procedure for the review of asylum requests under certain conditions (the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950, the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 and, especially, the UN Convention Relating to the Status of Refugees of 1951)[37].

Italy's legal system provides for a complex framework of assistance to asylum seekers and creates several government agencies at the national and regional levels to provide their assistance, including the review of their applications, financial and material help, and the monitoring of their activities within the country[38]: except in limited circumstances, refugees and protected persons may circulate freely in the national territory and the Italian law promotes appropriate initiatives to remove all obstacles for their integration.

Italian law defines "refugee" as "a foreign citizen who, on the basis of on a well-founded fear of being persecuted by reason of race, religion, citizenship, belonging to a particular social group [or holding a particular] political opinion, is found outside of the territory of his/her country of citizenship and cannot or, on the basis of such fear, is unwilling to avail him/herself of the protection of his/her country."

Moreover, for Italian law persons eligible for "subsidiary protection" are foreign citizens who do not qualify to be recognized as refugees but with respect to whom there are reasonable grounds to consider that, if they return to their country of origin or, in the case of stateless persons, if they return to their country of previous usual residence, they would face a serious risk of suffering serious harm and, as a consequence of such risk, they may not avail themselves of the protection of that country.

Furthermore, "claim for international protection" is one aimed at obtaining the status of refugee or the status of person eligible for subsidiary protection and a "requester of international protection" is a citizen of a third country or a stateless person who requests to be admitted to an internationally protected category; instead, "humanitarian protection" is the protection granted to citizens of a third country who are found in objective and serious personal conditions that do not allow their removal from Italy and whose request for international protection is denied, while "unaccompanied minors" are those foreigners younger

[37] See P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Santarcangelo di Romagna (RN), **2015**, *passim*.

[38] See C. HEIN, *Rifugiati. Vent'anni di storia del diritto d'asilo in Italia*, Roma, **2010**, *passim*.

than eighteen years of age who are found, for whatever reasons, in the national territory, deprived of assistance or legal representation and, at last, "international protection" consists of the adoption of adequate measures to prevent the persecution of or infliction of serious harm on the affected persons[39].

In Italy asylum seekers may be granted either refugee status or subsidiary international protection status, while deportation and repatriation proceedings are also regulated in national legislation (however, asylum-related administrative decisions are subject to judicial review)[40]; once granted protected status, refugees may avail themselves of all the education, work, health care, housing, and other benefits established by law for Italian citizens, and, finally, protective measures are established for unaccompanied minors found in the country.

Asylum requests must be submitted to the border police or to the office of the respective *questore* (head of the provincial police) with jurisdiction according to the requester's residence, as well as asylum seekers must reveal all pertinent facts to the authorities and must produce all necessary documentation; the National Commission for the Right of Asylum leads and coordinates the Territorial Commissions for the Recognition of International Protection, update their composition, and gather statistical information; residence permits granted to persons who hold refugee status are valid for five years and are renewable[41].

Refugees and persons receiving subsidiary protection have the right to the same treatment established for Italian citizens who work for others or are self-employed and who register with professional entities, as well as may also access both to public-sector employment under the conditions and limitations established for E.U. citizens, both to the Italian general educational system and professional training, both to the same treatment afforded to Italian citizens in matters of social and health assistance, including psychological treatment for previous torture and suffering experienced by them.

Italian law protects the family unity of those receiving refugee status and the status of subsidiary protection; therefore, family members who aren't entitled to the status of international protection enjoy the same rights afforded to their family member who enjoys such status, while family members of persons who are granted international protection status who are present in the national territory and aren't individually entitled to that right may obtain a residence permit on the basis of "family reasons" as provided in the law; instead, family members who are or would be excluded from refugee status or subject to subsidiary protection status aren't eligible to receive these benefits.

Residence permits for family reasons, from which refugees may benefit, are granted to

• foreigners who have entered the national territory with an entry visa for family reunification or for reunification with minor children;

• foreigners regularly residing in Italy on other grounds for at least one year who have contracted marriages within the national territory with Italian or European Union citizens, or with foreign citizens residing regularly in the country;

• foreign family members regularly residing in Italy who are in the process of complying with requirements for reunification with Italian or European citizens residing in Italy,

---

[39] See C. COMMANDATORE - A. DI GAETANO, *Codice dell'immigrazione, dell'asilo e della cittadinanza*, Roma, **2014**, *passim*.

[40] See F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, **2012**, *passim*.

[41] See M. ASPRONE, *Il diritto d'asilo e lo status di rifugio*, Roma, **2012**, *passim*.

or with foreigners regularly residing in Italy (in such cases, the family permit is transformed into a residence permit for family reasons); and

• foreign (including natural) parents of Italian minors residing in Italy (in such a case the residence permit for family reasons is also granted regardless of the possession of a valid residence permit, provided that the requesting parent has not been deprived of parental rights according to Italian law).

Unaccompanied minors found in the national territory who request international protection may benefit from the services provided by local entities specializing in that type of assistance and are placed in the care of an adult family member who is a regular resident and present in Italy; if that is not possible, judicial authorities may adopt other measures aimed at protecting such minors[42].

In detail, when unaccompanied minors are involved, the border police or the office of the respective *questore* must immediately inform the System for the Protection of Asylum Seekers and Refugees (SPRAR) and the respective tribunal of minors for the adoption of appropriate measures; SPRAR's duties include monitoring the whereabouts of asylum requesters, refugees, and foreigners with humanitarian permits in the country, creating a database concerning interventions at the local level for the benefit of these persons; and promoting repatriation programs in conjunction with the Ministry of Foreign Affairs.

14. Among the main challenges that the European Union and its Member States are facing in these early years of the century in which we live, the integration into society of new individuals is undoubtedly one of the most difficult and ambitious reflecting on current notions of meaning collection goes political community, of belonging and participation of new individuals to communities that receive them; it's closest the bond that exists between integration and citizenship, in a relationship of mutual influence and conditioning[43].

From the analysis in this paper appear various ways of thinking about integration and its relationship with citizens, but, above all, the difficulty of rethinking and adopt new effective models: in Europe, the choice of soft-law instruments, non-binding, but which provide for the direct involvement of government agencies, associations and civil society as a whole, was basically forced and dictated by the lack of specific expertise in the field and from aberrant excluding of any harmonisation between E.U. law and national rules.

The recent Stockholm programme, which defines the priorities for the areas of freedom, security and justice for the period 2010-2014, reaffirmed the centrality of integration policies, declaring that "a successful integration of third-country nationals is the key to maximizing the benefits of migration" and promoting exchanges between the different levels of the agencies involved, better interaction in all areas concerned and the establishment of consultation mechanisms to involve civil society and promote intercultural dialogue; moreover, the immigration policy debate is still focused on issues related to the fight against irregular immigration and the consequent introduction of more restrictive access mechanisms[44].

---

[42] See R. PISILLO MAZZESCHI - P. PUSTORINO - A. VIVIANI, *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, **2011**, *passim*.

[43] See K. HAILBRONNER - D. THYM, *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary***,** Oxford, **2016**, *passim*.

[44] See V. CHETAIL - P. DE BRUYCKER - F. MAIANI, *Reforming the Common European Asylum System (Immigration and Asylum Law and Policy in Europe)*, Leiden, **2016**, *passim*.

In detail, for the individual migrant current policies seem to focus primarily on the first phase of the integration process, by implementing specific programmes for the newcomers (for example, France, the Netherlands and Belgium offer language courses, civics courses to acquaint foreigners with the main RuleSet, history and values of the host country and sometimes even the training/orientation to the labour market); in other countries it is assumed that migrants should have access to certain services/rights fundamental (Denmark, Finland and Sweden, but this type of initiative has recently found consensus also in Italy, so that changes made in recent years to the discipline of immigration have introduced an integration agreement focuses on credits, with a commitment to underwrite specific integration objectives, to be achieved within the period of validity of the residence permit).

The welcome is a very important element of the integration process of migrants, which, just arrived, need to familiarise themselves with the wider social and cultural context of the host country through the exchange of information achieved through local or regional programs involving civil society, fundamental funding (including co-financing by the immigrant), compulsory elements and related sanctions; the participation of immigrants in civic life, culture and politics plays an essential role because it creates a sense of belonging and integration with regard to the community and society at large that encourages migrants to engage in community life and other social, cultural and political activities.

The exchange of information should cover a number of key issues, such as:

a) political rights, civic citizenship and nationality;

b) structures at national, regional and local level aiming at the participation of migrants, including the level of participation, on how to deal with religious and cultural differences within society;

c) definition of benchmarks and indicators in order to measure the level of integration in these areas.

As expressed in the Commission communication "A Common immigration policy for Europe: principles, actions and tools" adopted in June 2008, "well managed immigration can contribute to economic growth" and to enhance the guests "companies" integration at both European and national levels is necessary to consolidate "the common Agenda for the implementation of the basic principles".

The European Union also seems aware of the problems facing the European labour market as a whole, in relation to the employment of foreign workers, and has attempted to identify some guidelines which should then be translated into concrete operational initiatives and tools; some of them are designed specifically to promote the strengthening of the integration of migrants into the labour market:

1) developing national "immigration profiles", which serve to provide an integral vision of the situation of immigration within each Member State at any given time, in particular with regard to national labour market participation and composition, in terms of qualifications, of migratory flows;

2) improving the effectiveness of policies and instruments for meeting between supply and demand for labour, which promote better education and training for third-country workers in order to adjust the qualifications of immigrants to the characteristics of national labour markets, creating appropriate mechanisms for the recognition of professional qualifications acquired outside the U.E. and dispensing information and training in the countries of origin;

3) analyzing the current situation and future trends, examining the business skills of immigrants and barriers legislative and operational that might hinder the attempt to build a

business in the E.U., based on this assessment encourages the introduction of measures to support the entrepreneurship of migrants;

4) increasing investment to provide employment to citizens of third Countries who are already legally in the E.U. and who are unemployed and economically inactive, with particular attention to women[45];

5) supporting the development of specific integration programmes for newly arrived immigrants, which, for example, facilitate the acquisition of language skills and promote the practical skills necessary for an authentic intercultural adaptation and commitment to fundamental European values.

Therefore, at this stage of conception and reconsideration of integration policies in Europe, one of the main recommendations is perhaps to pick up the invitation of the E.U. to strengthen the mechanisms of involvement of the various actors involved at the national level and, above all, to participate actively in platforms specifically designed to encourage exchanges between the authorities of different countries[46].

Migrants in the E.U. in general have lower educational attainment levels than natives; access to education is as good as universally guaranteed for migrant children across the Member States, but they have the right to access to good education proposal for their specific needs and for discover and develop their talents.

Several Countries, to impede social and ethnic school segregation, have bilateral agreements on teaching in the language and culture of origin of migrants; an overview is needed of the adaptation of sending society educational and administrative systems to the needs and challenges of emigrating pupils and adults.

Above all for pragmatic reasons, a focus on initiatives by State actors and non-State actors in sending States express the need to complete agreements between E.U. actors and third Countries actors for the development of academic and scientific research cooperation in areas of common interest, joining implementation of content and curricula and promoting the mobility of teachers; the idea would be to join efforts in order to provide scientific and educational services throughout the world that are up to date with the fast development imposed by the digital age, by introducing a new model of university, a global "Smart University": jointly with universities in countries of different cultures, religions and politics would it be possible to democratize access to knowledge in order to shape the future of the younger generation[47].

---

[45] See T. SPIJKERBOER - SARAH VAN WALSUM, *Women and Immigration Law: New Variations on Classical Feminist Themes*, London, **2006**, *passim*.

[46] See J. NIESSEN - T. HUDDLESTON, *Legal Frameworks for the Integration of Third-Country Nationals (Immigration and Asylum Law and Policy in Europe)*, Leiden, **2009**, *passim*.

[47] See M.A. GARITO, *L'università nel XXI secolo tra tradizione e innovazione*, Roma, **2015**, *passim*.

LA NEGOZIAZIONE PREVENTIVA DELLA RESPONSABILITÀ AQUILIANA

BRUNO MEOLI

SOMMARIO: 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 sineddoche? - 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 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.

[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.

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 operazionale, 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 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

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

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 tipologia 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, depriverebbe il tema di qualsiasi interesse.[3] 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,

[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 responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa dir. priv.,* 2004, p. 69 P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità. Analisi comparata di un problema,* Padova, 1989.

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. 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.[4]

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'amènagement conventional anticipé della responsabilità in questione; divieto che giurisprudenza e dottrina radicano nei principi dell'ordine pubblico.[5]

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;[6]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 –[7]della responsabilità stessa, e alla qualificazione dell'obbligo risarcitorio in termini di reazione della coscience sociale al turbamento dell'ordine.[8]

Il legame esistente tra faute e orde 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 ci-

---

[4] In Common Law, la limitazione della responsabilità o del risarcimento è ammessa tanto nel campo contrattuale tanto 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 Burgerlichen 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.

[5] H., L. E J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité delictuelle et contractuelle*, cit. p. 97; G. VINEY – P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effects 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., 2me 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.

[6] 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 francais, t. 2, III ed., Librerie 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.

[7] B. STARCK, *Introduction au droit,* Litec, 1996, p. 22; M. MEKKI, *L'intèrét 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.

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

vile, 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 verbalizzazione del *neminem laedere*.

E ciò a dispetto anche del fatto che il code civil rechi la disciplina di plurime fattispeciedi 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 -[9]l'idea che fa della responsabilità civile un sistema attuatore delle istanze di affermazione di principii 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.[10] 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.[11]

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 vòlti a stabilire ex ante criteri di forfettizzazione del danno; problema risolto, tanto nelle analisi risalenti tanto in quelle più recenti,

[9] Una 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.

[10] Le 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.

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

negativamente; e ciò in ragione della rinvenuta inidoneità di tali accordi ad assicurare un ristoro totale del danno subìto dalla vittima dell'illecito.[12]

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.[13]

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.[14]

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[15].

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.[16] La facile osservazione per cui la responsabilità oggettiva, non fondandosi sulla colpa, non sarebbe soggetta ad implicazioni con regole radicate nella mo-

[12] Per la dottrina più risalente, L. JOSSERAND, *Cours de droit civile positif francais,* cit., p. 337; più recentemente, H., L E J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité delictuelle et contractuelle*, cit., p. 2640; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et de contrats,* cit., par. 1056.

[13] 13 G. VINEY – P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effects de la responsabilité*, cit., p. 447; D. MAZEAUD, La *notion de clause penal*, L.G.D.J., 1992 p. 492.

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

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

[16] P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et de contrats*, cit., par. 1058.

rale 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 contegni 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.[17]

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.[18]

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 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 deprivare 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 –[19]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

[17] Dig. 13,6,18,1; J. VAN RYN, *Responsabilité Aquilienne et contracts en droit positif*, cit., p. 457.
[18] J. ABRAS, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extra-contractuelle,* cit., p. 124, note 2402 e ss.
[19] Si tratta dei casi di pacage comun 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.

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.[20]

Le ipotesi in cui la rinuncia è invece ammessa, possono essere spiegate in base a logiche differenti, che vanno inquadrate 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. C

onferma 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. [21]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.[22]

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.[23]

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

[20] Cass., 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..

[21] Cass., 2eme Ch., 29 mars 1962, in Gaz. Pal., 2, p. 151.

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

[23] Il 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.

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.[24]

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.[25]

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 -[26]della natura inderogabile delle 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 dolus 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 la natura di ordine pubblico della disciplina aquiliana, ma limitandola al solo ambito della responsabilità per dolo o colpa grave. [27]

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 re-

[24] Cass., 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.

[25] Cass. 3 luglio 1968, in Foro it., 1968, I, c. 2466.

[26] G. 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.

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

sponsabilità extracontrattuale sia, in sé, configurabile.[28]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.[29]

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 disciplinato 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 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;[30]così come resterebbe modificabile il regime della responsabilità precontrattuale.[31]

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

[28] G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero della responsabilità*, in Danno e resp., 1998, p.852. 29

[29] La 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 diri*tti, 3a ed., Milano, 2001, p. 61.

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

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

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;[32] 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 imprevisti, 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 traporto ferroviario di cose.

Tale norma ne sanciva la nullità salvo che l'esenzione fosse giustificata da una diminuzione del prezzo stabilito nelle tariffe ordinarie.[33]

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.[34]

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.[35] 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 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 mi-

---

[32] I 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. 33

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

[34] In 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.

[35] 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 responsabilit*à, cit. p. 342.

sura 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.[36]

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.[37]

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. [38] 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 sostituirne la relativa verbalizzazione con il termine di potestatività. In tale ottica, una clausola che esoneri il debitore da responsabilità per inadempimento volontario (anche soltanto obiettivamente qualificabile come volontario in quanto caratterizzato da inescusa-

[36] 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.

[37] Così V. SCIALOJA, *Lezioni sul diritto delle obbligazioni*, Roma, 1989, p.342.

[38] 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.

bile imperizia o negligenza) altro non rappresenta se non una indiretta attribuzione al debitore della potestativa facoltà di sciogliersi dal vincolo giuridico.[39]

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 étragère, 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 (amènagement) convenzionale della responsabilità contrattuale, intesa quale criterio di allocazione dei rischi di inesecuzione del contratto.[40]

La validità della clausola incontra, però, un limite, la cui natura e la cui caratterizzazione hanno subìto, 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; [41] 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.[42]

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 trasporto di cose, che limitava il risarcimento del danno per il ca-

[39] Di 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.

[40] G. VINEY – P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effects 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.

[41] Cass. Civ. 1re, 18 janv. 1984, in JCP, 1985, II, p. 20372;

[42] Cass. Civ. 1re, 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

so 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.[43]

La decisione – che non è andata esente da critiche le quali si sono appuntate soprattutto sull'utilizzazione ritenuta impropria del concetto di causa - [44] 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.[45] 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 contrastate 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.[46]

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 Chabre Mixte investita della questione -[47] in termini soggettivi, individuandosi essi in una negligenza di tale gravità da denotare la inattitudine del debitore ad adempiere la pre-

[43] Cass. Com., 22 oct., 1996 in Bull. Civ., IV, n. 258.

[44] L'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 originatesi 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 interessiin 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 individuerebbe. Sul punto si v. D. MAZEAUD, *Saga Chronopost: les maitres du temps perdent une manche*…, in Rec. Dalloz, 2006, p. 2288 e ss

[45] E' 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 professionels*, in *Rev. Trim. Dr. Civ.,* 1997, p. 418.

[46] 46 Si v. la sentenza 6 juill. 2005, in Dalloz, J., p. 2094.

[47] Cass. Com., 22 avr. 2005, in Rec. Dalloz, 2005, p. 1864.

stazione 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;[48] 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.[49]

Una ripresa dell'importanza di tali elementi sembra però individuarsi nella giurisprudenza più recente.[50] 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.[51]

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 –[52] 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 attesane 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.[53]

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 -[54] a qualsiasi clausola che precluda

[48] Cass. Com., 30 mai, 2006, in Bull. Civ., IV, n. 43.

[49] L'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., l, 2005, p. 270 n materia di contratto di trasporto di persone.

[50] 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, i*n *Rev. Trim. Dr. Civ.,* 2008, p. 1095. P. JOURDAIN, *Clauses restrictives de responsabilité et obligation essentielle: une précisation et des incertitudes,* in *Rev. Trim. Dr. Civ.,* 2008, p. 310.

[51] 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.

[52] La 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.

[53] La 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 project de réforme de la responsabilitè 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.

[54] F. 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.

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.[55]

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 depriva di sostanza ed efficacia giuridica, sicché per esse si pone, lo stesso, un problema di validità. [56]

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.[57]

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. [58]

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 sull'obbligo secondario del risarcimento.[59]

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 assolta 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.[60]

---

[55] 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.

[56] 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. onnicomprensiva 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 onnicomprensive inserite nei contratti c.d. standard essendo determinate e corrispondenti ad uno specifico interesse dei contraenti.

[57] Cass., 21 novembre 1988, n. 6267, in Rep. Foro it., voce Appalto, n. 71.

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

[59] Così 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.

[60] Si 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

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.[61]

Altro contratto nel quale, seppure da diverso punto di osservazione, la giurisprudenza ha individduato 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 dei danni.[62]

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 assolta dal leasing.[63]

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

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.

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

[62] L'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>.

[63]Sulla 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.

quelli che regolano la stipula di clausole di limitazione della responsabilità nel rapporto coi consumatori. [64]

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.[65]

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.[66]

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.[67]

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 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.[68]

---

[64] I 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).

[65] Cass. 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..

[66] Cfr. 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.

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

[68] Art. 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*

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.[69]

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.[70]

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 implichino responsabilità di tipo contrattuale.[71]

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.[72]

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.

---

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.

[69] Cass. 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.

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

[71] Sul 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.* Stanzione, Padova, 2012, II, p. 731.

[72] Il 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.

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 -[73]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[74].

Pur apparendo evidente la comune natura di limiti alla autonomia contrattuale – in senso ampio -[75] 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 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).[76]

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. [77]

---

[73] Più 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.

[74] G. 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

[75] Sul 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.

[76] Sul 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.

[77] E' 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 puor 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

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 eccesivi 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. [78]

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.[79]

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

---

(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., 1re Ch., 3 janv. 1985, in Bull. Civ., I, n. 4; Cass. 3me 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.

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

[79] Omettendo 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. 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.

– 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).[80]

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.[81]

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. 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 relati-

[80] 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.

[81] Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi et ParkingEye Limited v. Beavis (2015) UKSC 67; ParkingEye Ltd v. Beavis (2015) EWCA Civ 402.

va linea di demarcazione si sia notevolmente affievolita. Ciò per una serie di motivazioni che attengono sia al campo aquiliano sia a quello contrattuale.[82]

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 (generali) 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 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.

[82]Basti 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.

LA SORTE DEL CONTRATTO NELL'IPOTESI DI RICICLAGGIO

GIOVANNI SCIANCALEPORE

SOMMARIO: 1. Il dec. lgs. n. 231 del 2007 e il principio di trasparenza. - 2. Dalla trasparenza delle azioni alla diligenza degli operatori: l'obbligo di costumer due diligence come misura di contrasto alla circolazione di capitali illeciti.- 3. La violazione delle previsioni antiriciclaggio e la possibile incidenza sulla validità del contratto - 3.1. Norme sull'atto e norme sul comportamento: regole di validità vs. regole di responsabilità ?. - 3.2. Contratto-mezzo, nullità virtuale e la funzione determinante della meritevolezza di tutela.

1.Con il decreto legislativo del 21 novembre 2007 n. 231, attuativo della Direttiva 2005/60/CE relativa alla prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, e le sue successive modifiche, da ultimo quella ad opera del cosiddetto "decreto salva Italia" (decreto legge 6 dicembre 2011 n. 201), si cristallizzano le linee guida della normativa antiriciclaggio, all'attenzione del legislatore a partire dalla fine degli anni novanta[1].

Obiettivo primario della disciplina è la predisposizione di forti misure di contrasto allo sviluppo del riciclaggio che, com'è noto, attraverso il processo di "ripulitura" e di reimmissione nel mercato dei proventi illeciti, si configura quale scopo principale o collaterale di qualunque attività economico – criminale[2].

Il fenomeno, ormai di remota matrice, è favorito dalla globalizzazione dell'economia e tende a diffondersi in un contesto sempre più internazionale, facendo breccia negli ordinamenti contraddistinti da normative fiscali poco prudenziali e garantistiche.

[1] Benché non sia stata ancora oggetto di recepimento da parte dell'Italia, merita di essere menzionata la IV Direttiva antiriciclaggio (2015/849/CE), approvata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio il 20 maggio 2015 (pubblicata in Gazz. Uff. Un. Eur., 5 giugno 2015), nel tentativo di rendere maggiormente efficace l'azione di contrasto alla criminalità economica. Le nuove disposizioni hanno come dichiarato intento quello di potenziare una serie di aspetti già attualmente disciplinati, nonché di armonizzare le misure antiriciclaggio approntate dagli Stati membri allo scopo di renderle quanto più omogenee possibile. In particolare, mira alla semplificazione ed alla razionalizzazione degli obblighi gravanti sui professionisti di verifica della clientela, registrazione dei dati, denuncia di irregolarità e all'azzeramento dell'eccessiva eterogeneità della risposta sanzionatoria dei singoli Stati che mina l'efficienza dell'azione di contrasto rendendo frammentaria la risposta dell'Unione.

[2] La letteratura sul tema è molto ampia. Sulla portata innovativa del decreto e l'impatto della disciplina sul sistema penale cfr. ex pluris A. CANO, *Problemi evolutivi e nuove prospettive in tema di riciclaggio di denaro, beni o altre utilità,* in *Cass. Pen*., 2014, 6, 2324 ss.; C. DI GREGORIO - G. MAINOLFI - G. RISPOLI, *Antiriciclaggio: prevenzione e nuovi obblighi. Le novità del d.lgs. 21 novembre 2007*, n. 231, Roma, 2008, 109 ss.; C. RUGGIERO, La *nuova disciplina dell'antiriciclaggio dopo il d. lgs. 21 novembre n. 231,* Torino, 2008, 67 ss. Sul rapporto tra reati fiscali e riciclaggio e l'espansione della nozione di quest'ultimo come incremento del perimetro di applicazione dell'art. 648 bis c.p. Cfr. R. CORDEIRO GUERRA, *Reati fiscali e riciclaggio,* in *Riv. dir. trib.,* 2013, 12, 1163 ss.

Tale presa di coscienza, ha determinato l'adozione di politiche di prevenzione e contrasto tese ad un'armonizzazione massima[3], capace di neutralizzare la diversità delle regole in grado di consentire arbitraggi normativi e spazi per l'infiltrazione delle attività illegali e del connesso riciclaggio.

Con la Direttiva 2005/60/CE, l'Unione si è dotata di un presidio avanzato nella politica di difesa e contrasto del *money laundering*, introducendo l'obbligo di realizzare procedure di controllo da modulare secondo un criterio *risk based*.

Il decreto, in altri termini, articola il livello della tutela in relazione alle potenzialità dei rischi relativi alla specificità delle situazioni contemplate e alla natura dei soggetti coinvolti. Benché il tema, data la stretta relazione con la commissione di un fatto-reato (artt. 648-bis e 648-ter del codice penale), sia stato lungamente considerato di esclusivo appannaggio della dottrina penalistica, dalla lettura delle disposizioni del decreto, emerge distintamente il mutamento di prospettiva che caratterizza la normativa in oggetto, volta alla predisposizione di una tutela di tipo marcatamente preventivo, più che repressivo – sanzionatorio.

In altri termini, la presa di coscienza dell'inadeguatezza delle sole strategie tradizionali di matrice punitiva ad arginare il fenomeno, ha spinto verso l'adozione di misure di contrasto tese a verificare le attività economiche rilevanti, allo scopo di attuare una maggiore trasparenza del mercato attraverso il riscontro delle informazioni finanziarie[4].

L'attuale consapevolezza della duplice dimensione, pubblicistica e privatistica, del riciclaggio impone, dunque, lo studio delle tematiche ad esso sotteso anche alla luce dei princìpi generali dell'ordinamento[5].

In tale ottica, è il principio generale di trasparenza[6] che orienta le disposizioni della Direttiva 2005/60/CE e del decreto 231/2007: sono le regole sulla tracciabilità dei pagamenti, sulla raccolta dei dati relativi alle movimentazioni di danaro e sul monitoraggio delle operazioni finanziarie che consentono l'individuazione e, quindi, la possibilità di contrasto delle attività dei soggetti dediti ad iniziative di conservazione, incremento e smaltimento di capitali di provenienza illecita.

Si assiste ad un'estensione della portata applicativa del principio di trasparenza, le cui prerogative di chiarezza e conoscibilità dei contenuti contrattuali superano lo spazio

---

[3] Si menziona *in primis* l'emanazione di una serie di Direttive aventi quale obiettivo principale il contrasto al fenomeno. Alla prima Direttiva n. 1991/308/CE, sono seguite la seconda (2001/ 97/CE), la terza (2005/60/CE) e, da ultimo, la quarta (2015/849/CE). Tra le altre iniziative dell'Unione Europea che hanno delineato un quadro organico delle misure antiriciclaggio, meritano di essere ricordati: la Decisione del Consiglio del 17 ottobre 2000 n. 2000/642/GAI, concernente le modalità di cooperazione tra le unità di informazione finanziaria degli Stati membri per quanto riguarda lo scambio di informazioni; il Regolamento n. 1889/2005/CE, relativo ai controlli sul denaro contante in entrata nell'Unione o in uscita dalla stessa, che armonizza il quadro normativo comunitario, introducendo disposizioni volte a garantire un livello equivalente di sorveglianza sui movimenti di denaro contante attraverso le frontiere della Unione Europea; il Regolamento n. 1781/2006/CE, che detta disposizioni sulle informazioni che devono accompagnare i bonifici bancari.

[4] Lo sottolinea A. COSSEDDU, *Riciclaggio: complessità di un "percorso" normativo",* in *Cass. pen.,* 2010, 10, 364 ss.

[5] Il tema è trattato da A. DI AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici,* in Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Notariato, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, 228.

[6] In materia di trasparenza contrattuale cfr. *ex pluris* G. ALPA, *La trasparenza del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, IV, 409 ss.; ID, *La trasparenza bancaria,* Bari, 2003, 201 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto,* in *Diritto civile 3*, Milano, 2000, 390; F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori,* Torino, 1998; E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori),* in *Banca Borsa Tit. Cred.,* 1997, 94 ss.; ID, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie,* Napoli, 1999, 129 ss.

della trattativa individuale, per interessare l'intero mercato, quale luogo di scambio delle informazioni finanziarie[7].

La tracciabilità delle operazioni economiche, in uno con le misure di contrasto approntate, lungi dall'essere considerate una limitazione dell'autonomia negoziale, rappresentano la base del corretto funzionamento del sistema economico e finanziario, che possa stimolarne l'integrità e la crescita nell'ottica del principio di legalità degli scambi, al fine del pieno rispetto dei princípi comunitari.

Se l'Unione Europea offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia al fine di garantire la libera circolazione di beni e servizi, deve essere in grado di approntare quelle contromisure che possano comprometterne il regolare andamento.

Le norme antiriciclaggio si traducono, allora, nella predisposizione di dettagliati obblighi, stabiliti allo scopo di rendere operante la finalità di prevenzione del fenomeno del riciclaggio mediante l'identificazione degli operatori del mercato, la comunicazione di dati e le prescrizioni di forma e contenuto contrattuali, la cui violazione è sanzionata sul piano civile e amministrativo. Il principio di trasparenza attribuisce, dunque, coerenza alla disciplina, orientandone le principali linee guida. La smaterializzazione del denaro congiuntamente all'incentivo all'uso di strumenti alternativi al pagamento in contanti[8], nonché gli obblighi previsti per quei destinatari che, in ragione dell'attività professionale svolta, si trovino coinvolti in operazioni economiche, hanno come finalità ultima la creazione di un mercato in cui la qualità della "trasparenza" possa essere riferita contestualmente ai sog-

[7] Lo sottolinea G. ALPA, *Quando il segno diventa comando: la "trasparenza" dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2003, 2, 465 ss., soffermandosi sull'impiego sempre più frequente che il termine "trasparenza" ha avuto nell'ultimo decennio. In origine utilizzato per indicare la necessità che determinati contratti, destinati al cosidetto contraente debole o consumatore, fossero quanto più intellegibili possibili, data la sostanziale imposizione delle clausole in essi contenute, in assenza di qualsiasi contrattazione in ordine al loro contenuto (si allude ovviamente alle condizioni generali di contratto), successivamente, impiegato in una "accezione più connotata e specifica", relativa cioè al mercato finanziario. Sulla trasparenza nei servizi di pagamento un'efficace sintesi è di B. PIACENTINI, *Osservatorio sulla trasparenza nei servizi di pagamento: il provvedimento di Banca d'Italia 20 giugno 2012,* in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2014, 4, 3449 ss.

[8] Il riferimento è alle limitazioni dell'impiego di contanti e al conseguente incentivo all'utilizzo di sistemi alternativi che possano assicurarne la tracciabilità. In un'ottica di evoluzione normativa può, senza dubbio, affermarsi il superamento dell'interpretazione tradizionale dell'art. 1277 c.c. in base al quale la moneta contante sarebbe l'unico mezzo in grado di soddisfare la pretesa creditoria. Nel sistema vigente, la moneta, entro certi limiti, diviene una modalità estintiva dell'obbligazione pecuniaria, accanto ad altre. Sulla questione, si è espresso il giudice di legittimità per il quale:« Nelle obbligazioni pecuniarie il cui importo sia inferiore a 12.500 euro o per le quali non sia imposta per legge una diversa modalità di pagamento, il debitore ha facoltà di pagare, a sua scelta, in moneta avente corso legale nello Stato o mediante consegna di assegno circolare; nel primo caso il creditore non può rifiutare il pagamento, come, invece, può nel secondo solo per giustificato motivo da valutare secondo la regola della correttezza e della buona fede oggettiva; l'estinzione dell'obbligazione con l'effetto liberatorio del debitore si verifica nel primo caso con la consegna della moneta e nel secondo quando il creditore acquista concretamente la disponibilità giuridica della somma di denaro, ricadendo sul debitore il rischio dell'inconvertibilità dell'assegno». Cass. civ., Sez. Un., 18 febbraio 2007, n. 26617, su www.italgiure.giustizia.it. In argomento V. CARBONE, *Pagamento mediante consegna di assegno circolare,* in *Corr. Giur.*, 2008, 2, 1658 ss.; F. MORCAVALLO, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante consegna di assegni circolari: inquadramento sistematico e valenza tecnico-applicativa di un orientamento evolutivo,* in *Nuov. Giur. Cv. Comm.*, 2008, 6, 10751 ss.; B. RONCHI, *L'estinzione dell'obbligazione pecuniaria attraverso la consegna di assegno circolare*, in *Not.*, 2008, 5, 505 ss.

getti in esso operanti, e a tutte le attività economiche svolte, potenzialmente interferenti con condotte penalmente rilevanti.

Manifesto è il richiamo all'art. 41 Cost. che aspira alla creazione di un modello economico libero, trasparente e corretto, nonché il legame tra la disciplina antiriciclaggio e la tutela del risparmio, di cui all'art. 47 Cost.

2. Sul fronte delle condotte adempitive, il decreto, dopo aver vietato l'uso generalizzato del denaro contante e dei titoli al portatore per i pagamenti di importo pari o superiore ai mille euro (soglia elevata a tremila euro dalla cosiddetta legge di Stabilità), nella dichiarata finalità di rendere tracciabili i flussi di moneta, si rivolge a determinate categorie di soggetti, rendendoli destinatari di obblighi di adeguata verifica della clientela (capo I), di registrazione (capo II) e di segnalazione (capo III).

Trattasi di un complesso di disposizioni teso a irreggimentare le condotte degli operatori del mercato (intermediari bancari e finanziari, professionisti legali e contabili artt. 10-14) in puntuali doveri comportamentali, al fine di contrastare il fenomeno del riciclaggio mediante un sistema marcatamente preventivo[9].

Precisamente, dalla lettura del testo, emergono tre specifiche finalità: la conoscenza della clientela con la quale si effettuano le transazioni commerciali, la registrazione delle suddette mediante apposita documentazione e, infine, la denuncia delle operazioni giudicate sospette[10].

L'obbligo di costumer due diligence può, senza dubbio, essere considerato il fulcro dell'intera normativa antiriciclaggio, in quanto teso a smascherare l'intenzione di porre in essere comportamenti illegittimi.

È, infatti, solo dalla adeguata conoscenza dei soggetti con i quali si instaurano rapporti commerciali o professionali che può nascere il ragionevole sospetto che siano state compiute o siano in corso condotte tese al riciclaggio o al finanziamento di attività terroristiche.

Il dubbio in ordine all'anomalia delle operazioni può desumersi secondo il disposto dell'art. 41 del dec. lgs. n. 231 del 2007 dalle «caratteristiche, entità, natura dell'operazione o da qualsivoglia altra circostanza conosciuta in ragione delle funzioni esercitate» e può essere riscontrato mediante alcuni indici di "irregolarità", emanati periodicamente con provvedimento della Banca d'Italia.

---

[9] L'art. 12 del dec. lgs. 2007 n. 231 individua, quali "professionisti" tenuti ai suddetti obblighi, i soggetti iscritti nell'albo dei dottori commercialisti, gli esperti contabili, i consulenti del lavoro e gli altri soggetti che rendono servizi commerciali e tributari analoghi, i notai e gli avvocati quando, in nome e per conto dei propri clienti, compiono qualsiasi operazione di natura finanziaria o immobiliare e quando assistono i propri clienti nella predisposizione o nella realizzazione di operazioni quali trasferimenti immobiliari, altre attività economiche, gestione di danaro, di strumenti finanziari o di altri beni, apertura o gestione di conti correnti bancari, libretti di deposito e conti di titoli, costituzione, gestione o amministrazione di società, enti, trust o soggetti giuridici analoghi. A questi vanno aggiunte le società di revisione iscritte nell'albo speciale, i soggetti iscritti nel registro dei revisori contabili (art. 13), così come altri soggetti iscritti in appositi albi o registri, il cui esercizio resta subordinato al rilascio di licenze o autorizzazioni, come, ad esempio, i soggetti che svolgono attività di recupero crediti, per conto terzi, di gestione di case da gioco, di offerta, anche mediante rete telematica, di giochi, scommesse o concorsi pronostici con vincite in denaro, agenzie di affari in mediazione immobiliare. Nel dettaglio si veda l'art. 14. Sul tema E. AMODIO, Prevenzione del riciclaggio e obblighi di collaborazione dei professionisti, in Dir. Pen. Proc., 2008, 1051 ss.; A. BARCA, Lotta al riciclaggio, adempimenti e obblighi per l'avvocato, in Nuova Giur. Civ. Comm., 2006, 11, 591 ss.

[10] Sul punto G. MAINOLFI, *Le transazioni sospette: controlli e adempimenti*, Roma, 2004, 265 ss.; U. MORERA, *Sul sospetto riciclaggio e sull'obbligo di segnalazione: un cambio di prospettiva significativo,* in *Bancaria*, 2009, 1, 78 ss.

Ai fini della "valutazione della clientela", gli artt. 18 e ss. del decreto introducono il *risk based approach* [11]ovvero la necessità di modulare la severità ed il rigore dell'obbligo di identificazione del cliente in relazione all'esigenze concrete vagliabili su parametri quali la natura della controparte, la tipologia di operazione richiesta, l'area geografica di conclusione della stessa.

Trattasi, con tutta evidenza, di un potenziamento della diligenza professionale che si arricchisce di nuovi doveri, specificati dall'art. 18 del dec. lgs. n. 231 del 2007, per il quale i soggetti destinatari delle disposizioni sono chiamati ad identificare il cliente e verificarne l'identità sulla base di documenti, dati o informazioni ottenuti da una fonte affidabile e indipendente; individuare l'eventuale titolare effettivo e constatarne l'identità; ottenere informazioni sullo scopo e sulla natura prevista del rapporto continuativo o della prestazione professionale[12].

Si è passati dalla mera segnalazione delle operazioni sospette, fulcro della normativa ante decreto del 2007, alla ponderazione delle medesime in relazione ad un reale sistema di rating. La verifica della clientela, si sostanzia, inoltre, nell'ipotesi di un'entità giuridica a sé, nell'identificazione delle persone da quest'ultima controllate o che risultino beneficiari dei rapporti ad essa formalmente ascrivibili[13].

Simmetricamente, alle condotte identificative gravanti sugli "intermediari" lato sensu considerati, i clienti sono tenuti a fornire sotto la propria responsabilità tutte le informazioni richieste. L'onere della prova di aver approntato gli strumenti idonei all'espletamento del suddetto monitoraggio grava sugli intermediari e, in generale, sui destinatari della disciplina.

Va precisato, ai fini di una reale disclosure della clientela, che gli obblighi di verifica non si risolvono nella fase iniziale del rapporto contrattuale ma si estendono per tutta la durata del medesimo, come espressamente richiesto dall'art. 18 del dec. lgs. n. 231 del 2007, che prescrive altresì – art. 21 – doveri collaborativi a carico dei clienti, i quali sono tenuti a fornire «sotto la propria responsabilità, tutte le informazioni necessarie e aggior-

---

[11] Si veda P. FRATANGELO, *L'approccio basato sul rischio nella normativa antiriciclaggio,* in *Bancaria*, 2009, 2, 70 ss.

[12] R. RAZZANTE, *Antiriciclaggio tra doveri e notitiae criminis,* in *Giur. it.,* 2013, 213 ss. 13 In tal senso si veda l'ordinanza del Tribunale di Milano 17 luglio 2013 che opera una vera e propria interpretazione estensiva dell'art. 21 del dec. lgs. n. 231 del 2007 in relazione agli obblighi informativi gravanti sul cliente. In estrema sintesi, l'ordinanza accoglie il reclamo di talune società di capitali – tenute alle prescrizioni di cui all'art. 21 del decreto sul riciclaggio in quanto clienti di intermediari – verso l'ente al vertice del gruppo di appartenenza. Le ricorrenti chiedevano cioè al Tribunale di Milano di ordinare la produzione di quanto necessario all'identificazione del titolare effettivo delle resistenti, non riuscendo ad ottenere aliunde le informazioni necessarie, in quanto i soggetti in questione risultavano residenti in Paesi che assicurano l'anonimato delle partecipazione societarie o, comunque, sono sprovvisti di registri consultabili al pubblico. Il Collegio sulla base del mero dato letterale e del contenuto di carattere prescrittivo dell'art. 21, conclude in senso positivo, argomentando il decisum dalla lettura sistematica delle previsioni contenute nel dec. lgs. n. 231 del 2007, nonché dal principio generale di buona fede. Così è chiarito che «Il diritto del cliente di ottenere le informazioni strumentali all'adempimento dei propri obblighi informativi a beneficio dei

[13] soggetti identificati dalla normativa antiriciclaggio e lo speculare obbligo del titolare effettivo sono altresì enucleabili dai principi di buona fede. Tra la società al vertice di un gruppo societario e le società sottostanti s'instaura una relazione contrattuale, derivante dall'acquisizione delle quote, e in ogni caso un contatto sociale rilevante sotto un profilo di reciproci rapporti, trattandosi di applicare anche in questo contesto i principi (di buona fede) sottesi alla responsabilità gestoria di cui all'art. 2497 c.c., diretti alla protezione delle prerogative degli stakeholder delle società controllate». In argomento G. CAPOLINO-PERLINGIERI e S. CAVALLO*, Dilatazione del "facere informativo" del cliente ai sensi della normativa antiriciclaggio: tra esigenze di coerenza sistematica e obblighi di buona fede - Il commento,* in *Società*, 2014, 10, 1089 ss.

nate per consentire ai soggetti destinatari di adempiere agli obblighi di adeguata verifica della clientela».

Le puntuali e dettagliate prescrizioni normative, espressione della necessità del "controllo", quale attività preventiva indispensabile alla lotta al riciclaggio, confermano il valore della trasparenza come principio cardine della disciplina.

Gli obblighi di condotta del dec. lgs. 21 novembre 2007 n. 231, non riguardano solo – come prevedeva la prima direttiva antiriciclaggio (1991/308/CE) – gli uffici della pubblica amministrazione, gli intermediari bancari e finanziari, le imprese assicurative e gli altri protagonisti del sistema finanziario ma si indirizzano a diverse categorie di operatori economici[14].

I destinatari degli obblighi, come già previsto dalla seconda direttiva antiriciclaggio – 2001/97/CE – sono tutti coloro che occupandosi di attività di carattere economico – giuridico, pongono in relazione i propri clienti con il sistema finanziario. Orbene, costoro, nel momento in cui prestano assistenza ad operazioni di tipo economico e finanziario, costituiscono un valido strumento di ispezione dei canali di accesso al sistema medesimo; un primo filtro, idoneo ad individuare anomalie sintomatiche di condotte contra legem e a consentire quindi l'intervento delle autorità preposte istituzionalmente al contrasto delle attività illecite[15].

L'opera di "necessaria collaborazione" che si traduce nell'ampliamento dei doveri di diligenza nell'esercizio delle professioni, dalla mera verifica alla eventuale denuncia, consente di potenziare il controllo dell'attività creditizia nel suo complesso, nel segno di una sempre maggiore trasparenza del mercato bancario e finanziario.

3. La prima legge in materia di antiriciclaggio (la n. 197 del 1991) aveva come suoi naturali destinatari le banche, gli uffici della pubblica amministrazione nonché i pubblici ufficiali, i quali in presenza di una trasgressione della normativa erano vincolati ad inoltrare una comunicazione al Ministero del Tesoro.[16]

Il dec. lgs. n. 231 del 2007 va ribadito accresce la platea delle categorie coinvolte, rivolgendosi, oltre che agli operatori commerciali, anche ad un'ampia gamma di professionisti legali. Così accanto al divieto generalizzato dell'uso di contanti e dei titoli al portatore oltre la soglia stabilita (art. 49 dec. lgs. 2007 n. 231), gli specifici obblighi di cui al Titolo II del decreto, di verifica della clientela, registrazione e segnalazione, gravano, allo stato, su notai, avvocati, ragionieri, periti commerciali, commercialisti e consulenti del lavoro. Mentre alcune prescrizioni comportamentali, quali la necessità di identificare il cliente e raccogliere informazioni sulla prestazione professionale oggetto del rapporto di lavoro, rientrano, in realtà, nell'ambito dei consueti doveri di diligenza professionale, altre previsioni normative[17], quali la registrazione dei mezzi di pagamento utilizzati e soprattutto la segnalazione all'autorità pubblica di attività sospette, si traducono in misure assolutamen-

[14] Cfr. artt. 10-14 del decreto.

[15] Sugli obblighi antiriciclaggio si veda A. DE VIVO, *Obblighi antiriciclaggio: i dubbi dei professionisti e le recenti risposte delle Autorità,* in *Fisco,* 2013, 2209 ss. L'A. sottolinea il disagio dei destinatari degli obblighi previsti dal dec. lgs. n. 231 del 2007: a causa delle lacune nella disciplina e dell'assenza dei regolamenti previsti per l'attuazione degli obblighi di adeguata verifica della clientela e per quelli di conservazione e registrazione dei dati, è diventato molto frequente il ricorso all'U.I.F. (Unità di formazione finanziaria per l'Italia) e alla Guardia di Finanza al fine di ottenere chiarimenti in merito alla modalità con le quali dar corso alle prescrizioni di legge, da parte dei soggetti obbligati al loro rispetto.

[16] Così l'art. 5, comma 2, della legge n. 197 del 1991.

[17] Cfr. il Titolo II° del decreto.

te inusuali per il diritto civile, prossime alle dinamiche tipiche del diritto penale, basate sull'endiadi precettosanzione.

Quanto alle conseguenze relative alla violazione delle disposizioni contenute nell'art. 49 del dec. lgs. 2007 n. 231, sono previste diverse sanzioni pecuniarie che variano a seconda dell'importo trasferito (dall'un per cento al quaranta per cento).

Analogamente, il decreto dispone sanzioni amministrative per l'inosservanza del divieto dei conti e libretti di risparmio anonimi o con intestazione fittizia (art. 50), nonché per le violazioni dell'obbligo di comunicazione al Ministero dell'economia e delle finanze delle infrazioni di cui al Titolo III (art. 51)[18]. L'accertamento delle violazioni, nei limiti di competenze specifiche, è a carico di diversità autorità di vigilanza: il Ministero dell'Economia e delle Finanze, la U.I.F.[19], le amministrazioni interessate, la Guardia di Finanza e la DIA, che hanno l'obbligo di provvedere alla contestazione della trasgressione (art. 60 del dec. lgs. 2007 n. 231)[20].

Particolarmente interessante è l'inciso del comma 1 dell'art. 58 del dec. lgs. in discorso, che, nell'individuare le sanzioni pecuniarie amministrative, «fa salva l'efficacia degli atti».

È evidente come mediante la suddetta previsione, per ora considerata nella sua accezione meramente letterale, il legislatore abbia voluto preservare l'efficacia del trasferimento avvenuto in dispregio delle prescrizioni sulla tracciabilità, con la conseguenza che l'obbligazione adempiuta si considera estintiva del pagamento.

Opinando diversamente, se cioè l'intenzione fosse stata quella di colpire l'atto nella sua dimensione strutturale (o nella produzione degli effetti) sicuramente sarebbe stata approntata una disposizione *ad hoc*. Va considerata la metodologia utilizzata dal legislatore nel caso della legge antimafia sui contratti pubblici che ha sancito l'invalidità del contratto per violazione delle norme antiriciclaggio[21] .

---

[18] Tutto il Titolo V° del decreto è dedicato ai provvedimenti sanzionatori. Si rinvia al testo normativo ai fini dell'individuazione delle singole sanzioni.

[19] L'Unità di informazione finanziaria per l'Italia. Trattasi di un organismo nazionale, costituito presso la Banca d'Italia, allo scopo di raccogliere, analizzare e inoltrare agli organi investigativi le segnalazioni di operazioni sospette. La sede non è casuale in quanto la permanenza dell'U.I.F. presso la Banca d'Italia permette di integrare i dati raccolti con il patrimonio conoscitivo dell'organo creditizio e di sfruttarne altresì le ampie competenze. L'U.I.F. rappresenta il punto di collegamento tra la componente privata (da cui provengono le segnalazioni), e quella pubblica deputata al controllo delle stesse e all'eventuale allerta degli organi investigativi. Infatti, la sua funzione principale si sostanzia nella verifica delle operazioni sospette provenienti da intermediari, professionisti e altri operatori destinatari dei relativi obblighi.

[20] Sulle sanzioni previste dal decreto utile è la sintesi di L. PISTORELLI, *La normativa antiriciclaggio introdotta dal D.L.G. 21 novembre 2007 n. 231,* in *Giur. mer.,* 2008, 2468.

[21] Il riferimento è all'art. 3 della legge 13 agosto 2010 n. 136, rivisitata dal d.l. 12 novembre 2010 n. 187. Innanzitutto, sotto il profilo formale, la stazione appaltante, nei contratti sottoscritti con gli appaltatori relativi ai lavori, ai servizi ed alle forniture deve inserire, «a pena di nullità», una specifica clausola con la quale si «assumono gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari». Inoltre, il contratto stipulato deve contenere una apposita clausola risolutiva espressa «da attivarsi in tutti i casi in cui le transazioni sono state eseguite senza avvalersi delle banche o della società Poste italiane». Allo scopo poi di scongiurare possibili aggiramenti della disposizione, l'appaltatore, il subappaltatore o il subentrante che ha notizia dell'inadempimento della propria controparte agli obblighi di tracciabilità finanziaria «procede alla immediata risoluzione del rapporto contrattuale». In tal caso gli stessi soggetti sono obbligati ad informare di tale circostanza, «contestualmente», la stazione appaltante e la prefettura, ufficio territoriale del Governo territorialmente competente. Per un commento alla normativa, si veda S. CAPOLUPO, *L. 13 agosto 2010 n.136 – Appalti pubblici. Tracciabilità dei flussi finanziari e ricadute fiscali,* in *Fisco,* 2010, 5836; M. FRANCAVILLA, *La tracciabilità finanziaria nei contratti pubblici,* in *Corr. Mer.,* 2011, 3; M. MEOLI, L. *13 agosto 2010 n.136. Contratti pubblici. Tracciabilità dei flussi finanziari*, in *Fisco,* 2010, 5742 ss.

In questa particolare ipotesi, l'esigenza di "evidenza pubblica" obbliga in maniera incisiva la pubblica amministrazione appaltante al rispetto della tracciabilità dei pagamenti, prevedendo a suo carico l'inserimento negli incipienti contratti, «a pena di nullità assoluta», di una clausola in grado di garantire la tracciabilità dei flussi finanziari.

Nel caso in esame, oltre ogni considerazione sull'opportunità di preservare l'efficacia dei pagamenti per garantire la certezza in merito alla circolazione dei capitali, si avverte, tuttavia, la necessità di riflettere sulla portata del divieto derivante dall'art. 49 del dec. lgs. 2007/231, e, di conseguenza, sull'opportunità della scelta legislativa. Da una parte, si vieta il trasferimento di danaro contante, di libretti di deposito al portatore o di titoli al portatore che siano di valore pari o superiori a mille euro (allo stato attuale tremila euro), se compiuti senza l'intermediazione di banche, istituti di moneta elettronica o Poste italiane S.p.a. (art. 49); dall'altra, si afferma la piena efficacia del pagamento eseguito con modalità diverse (art. 58). Non può essere taciuta la distonia insita nel dato normativo, laddove l'efficacia, comunque garantita, sembra travolga e dissolva la stessa consistenza del divieto di cui all'art. 49 in discorso. La clausola di salvaguardia espressa all'art. 58 del decreto, ferma alla sua grammatica, veicola l'idea che la sola sanzione di natura amministrativa si configura come rimedio congruo, idoneo a garantire l'effettività della norma imperativa violata.

Elevando l'attenzione dal dato letterale, affidando la riflessione a modalità ermeneutiche spiccatamente problematiche, ci si avvede – prima facie – dell'inadeguatezza della soluzione normativa adottata. Infatti, trattandosi di una norma imperativa che sancisce limiti inderogabili alla volontà privata per la tutela di interessi generali, occorre chiedersi perché dalla sua violazione non derivi una risposta sanzionatoria ulteriore.

Perché cioè il legislatore si sia "accontentato" di disporre una sanzione amministrativa e non abbia previsto alcuna forma d'invalidità per il contratto concluso dalle parti, in dispregio delle prescrizioni antiriciclaggio, nella specie, rappresentata dall'art. 1418, co.1, c.c. Il primo comma dell'art.1418 c.c., che codifica l'ipotesi di nullità cosiddetta "virtuale", infatti, lungi dal prevedere un'elencazione tassativa, rappresenta una categoria "aperta", suscettibile di essere contenutisticamente identificata, per il tramite del riferimento all'elemento normativo dell'imperatività. Spetta, quindi, all'interprete individuare le fattispecie concrete ad essa potenzialmente riconducibili, in quanto il giudizio sulla imperatività o meno di una disposizione, non è postulabile a priori, ma resta affidato ad un'indagine casistica che l'autorità giudiziaria è chiamata a compiere in relazione all'interesse sotteso alla norma oggetto di violazione[22].

Verosimilmente, il legislatore ha favorito l'opinabile soluzione adottata trasponendo dogmaticamente l'ormai nota distinzione, modellata dalla giurisprudenza di legittimità, tra norme sull'atto e norme sul comportamento, la quale esclude che dalla violazione di norme imperative di comportamento, come nel caso in esame, possa scaturire la nullità del contratto, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge. Il principio della separazione tra regole di validità e regole di comportamento, ripudia infatti ogni interferenza tra le stesse, ritenute conformi a logiche distinte: le prime alla valutazione della corrispondenza strutturale dell'atto al paradigma legale, le seconde al controllo funzionale del contratto. Ne deriva che, in via generale, all'inosservanza di norme di comportamento facciano seguito solo conseguenze risarcitorie e giammai invalidanti, salvo eccezioni, per-

[22] In verità, la disposizione de qua ritrae, a giudizio della dottrina civilistica italiana, una delle ipotesi più controverse e di difficile interpretazione del codice civile. Lo sottolinea G. MASTROPASQUA, *L'art. 1418, comma 1°, cod. civ.: la norma imperativa come norma inderogabile*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, I, 49 ss.

ché l'infrazione di una norma di condotta non incide sugli elementi costitutivi o sulla legittimità del negozio.

Tale distinguo, non appare, tuttavia, sempre condivisibile, soprattutto perché sembra non cogliere, alla luce dei recenti avvenimenti di cronaca in tema di mancanza di sicurezza sugli investimenti, la profonda interrelazione esistente tra integrità del mercato e rimedi contrattuali a tutela dei traffici che nello stesso hanno luogo[23].

La linea di confine tracciata dalla giurisprudenza di legittimità, rischia, come meglio si dirà[24], di frustrare le finalità sottese alla disciplina antiriciclaggio, nel segno di una tutela debole e incompleta.

Ma vi è di più, a contestare l'esistenza e l'operatività della clausola di salvaguardia di cui al comma 1, dell'art. 58, si aggiungono le ragioni alla base della vexata quaestio relativa alla sorte di un contratto stipulato in contrasto con una prescrizione penale e, quindi, alle possibili conseguenze in ordine alla sua validità, nell'ipotesi di interferenze tra la disciplina penalistica e le regole di diritto civile[25].

Profilo che, nell'ipotesi in oggetto, cioè nella manifesta circostanza del ricorrere di una fattispecie penalmente rilevante, non può essere trascurato.

3.1. La complessità del tema qui considerato impone di ponderare se alla violazione dell'art. 58 del dec. lgs. 2007/231 possa conseguire la nullità del contratto, ex art. 1418, comma 1°, c.c.[26]. In senso generale, vi osterebbe la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità, elaborata in ambito pretorio: essendo, infatti, il trasferimento del denaro incontestabilmente un "comportamento", sarebbe escluso che dalla sua violazione possa discendere la nullità del negozio.

Con le note sentenze gemelle delle Sezioni Unite del 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26275, in merito alla responsabilità degli intermediari finanziari, i giudici di legittimità hanno stabilito che dalla violazione di norme di comportamento discendono conseguenze risarcitorie e non invalidanti, a meno che non sia il legislatore stesso a prevederle[27].

E in particolare che «la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità contrattuale,

---

[23] A tal proposito va sottolineato come lo stesso legislatore preveda, in diversi casi, che la violazione di una regola comportamentale produca conseguenze ulteriori rispetto alla classica risposta risarcitoria. Si pensi alla nullità del contratto di multiproprietà in cui l'alienante non rilasci fideiussione (art. 2, dec. lgs. n. 122 del 2005) o, a quella prevista nei contratti telefonici, nel caso in cui il professionista non dichiari subito il suo ruolo e la finalità della telefonata (art. 52, comma 3 del codice del consumo).

[24] Cfr.§ 3.1.

[25] Cfr.§ 3.2.

[26] Avendo il legislatore optato espressamente per "la salvezza dell'efficacia degli atti", prima facie non vi sarebbero dubbi in ordine alla scelta sulla validità degli atti commessi in dispregio alla normativa antiriciclaggio.

[27] 27 Per un commento ai provvedimenti della Cassazione, si vedano ex pluris: G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni, e un elogio dei giudici,* in *Giur. it.,* 2008, 2 ss.; Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725 con nota di V. MARICONDA, *L' insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità,* in *Corriere Giur.*, 2008, 2, 223 ss.; F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (*A proposito di Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 2675), in *Contratto e Impr.,* 2008, 4-5, 936 ss.; V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità,* in *Cont.*, 2008, 221 ss.;V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U.,* in *Soc.*, 2008, 4, 449 ss.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio,* in *Obblig. e contr.*, 2008, 104 ss.

con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art.1418 comma 1 c.c.[28]».

Tale distinzione, ad opinione della giurisprudenza di legittimità, risulterebbe fortemente radicata nei princípi del codice civile e difficilmente contestabile[29]. È sufficiente osservare come tutte le prescrizioni normative in tema di comportamento stabilite nei confronti delle parti di un rapporto negoziale, generino, in caso di trasgressione, conseguenze che comportano, di consueto, responsabilità risarcitorie (di natura precontrattuale o contrattuale) e possano, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (annullamento per dolo o violenza, rescissione per lesione, risoluzione per inadempimento). Mai, però, la loro violazione è considerata sufficiente a determinare la nullità radicale del contratto, anche laddove trattasi del dispregio di doveri di carattere imperativo. Ai fini dell'applicazione dell'art. 1418 c.c., comma 1°, risulta per previsione codicistica, che vi sia la violazione di una norma imperativa. Ora, la materia dell' intermediazione finanziaria, campo d'elezione delle attività a rischio riciclaggio, si compone di una serie di norme che mirano alla salvaguardia di interessi privati e pubblici. Accanto alla tutela degli investitori in ordine alla consapevolezza del proprio operato, filtrata e guidata dall'attività degli intermediari, affiora chiara la necessità di aspirare al generale buon andamento del sistema finanziario. La duplicità degli interessi protetti è d'altronde conclamata nell'art. 21, comma 1, lett. a), del dec. lgs. n. 58 del 1998, per il quale «nella prestazione dei servizi e delle attività d'investimento i soggetti abilitati devono comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati».

Tale circostanza sgombra il campo dalle perplessità in ordine alla natura degli interessi sottesi alla disciplina e, conseguenzialmente, delle norme dettate a loro protezione.

È cioè la stessa previsione normativa a stabilire che il comportamento degli intermediari finanziari mira anche al soddisfacimento di un interesse pubblico, come l'integrità del mercato.

---

[28] Così la massima di Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Contr.*, 2008, 3, 221.

[29] Un importante precedente in tal senso è Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024 in *Danno e Resp.*, 2006, 1, 27 con nota di G. ROPPO e G. AFFERNI, laddove è chiarito che «L'assunto su cui si fonda la sentenza impugnata è che le regole di comportamento attengono alla fase delle trattative precontrattuali e che, pertanto, la loro inosservanza non può determinare la nullità del contratto, pur non essendo revocabile in dubbio che esse abbiano carattere imperativo. L'affermazione è corretta.
La "contrarietà" a norme imperative, considerata dall'art. 1418 c.c. primo comma, quale causa di nullità del contratto, postula, infatti, che essa attenga ad elementi "intrinseci" della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto (art. 1418 secondo comma, c.c.).
I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e s'intende, allora, che la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto (Cass. 9 gennaio 2004, n. 111; 25 settembre 2003, n. 14234) a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore».

Se così è, non può certo negarsi la qualificazione di norma imperativa nel contesto eletto, confermata esplicitamente dal Supremo Consesso, il quale ha chiarito che «le norme dettate dalla legge che detta la disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare (art. 6 L. n. 1 del 1991 e successive modificazioni) hanno carattere imperativo: esse sono, cioè, dettate non solo nell'interesse del singolo contraente di volta in volta implicato ma anche nell'interesse generale all'integrità dei mercati finanziari e si impongono inderogabilmente alla volontà delle parti contraenti[30]».

Ne deriva, con palmare evidenza, l'utilizzazione – per il caso in esame – della categoria rappresentata dalla nullità "virtuale", siccome regolata dall'art. 1418 c.c., comma 1.

Nell'ipotesi di norme comportamentali, continua ad essere respinta la soluzione invalidante, per il formante giurisprudenziale richiamato; laddove è riconosciuta la necessità di tener fermo il discrimen tra norme sull'atto e norme sul comportamento, per evitare surrettizie sovrapposizioni tra regole di validità e di responsabilità, sul postulato che «il fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile[31]».

Anzi, il carattere quanto mai frammentario della legislazione dell'attuale momento storico obbligherebbe ad una particolare attenzione nel non cedere alla tentazione di proclamare il superamento dei princìpi generali e mutuare da un'ipotesi particolare una regola che possa essere estesa alla generalità dei casi. La violazione di una o più norme nello specifico settore dell'intermediazione finanziaria non comporterebbe, pertanto, la nullità dei contratti stipulati dall'intermediario col cliente, vigendo la tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto.

Va osservato, che il predetto principio è stato ribadito in ordine alle conseguenze relative alla condotta non conforme ai doveri comportamentali di correttezza e di informazione della clientela da parte degli intermediari finanziari. E, tuttavia, nel corpo dell'articolata motivazione, le Sezioni Unite hanno affermato che il generale interesse alla correttezza e al comportamento degli intermediari finanziari per i riflessi che possono derivare sul buon funzionamento del mercato resta affidato alla tutela dei controlli facenti capo all'autorità pubblica e di vigilanza ed il regime delle sanzioni che ad esso accede, dimostrando, evidentemente, di non tenere debitamente in considerazione anche l'efficacia sanzionatoria della disciplina civilistica e, sostanzialmente, di non voler abdicare, in ordine ai rimedi praticabili, alla distinzione atto-comportamento[32]. Non può più negarsi, invece, soprattutto alla luce dei recenti avvenimenti di cronaca in tema di trasparenza e assenza di

[30] Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Contr.*, cit., 224

[31] Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Contr.*, cit., 225.

[32] In senso fortemente critico è il contributo di A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite,* in *Contr.,* 2008, 4, 393 ss., per il quale nel settore dell'intermediazione finanziaria, in cui è stata elevata a dogma la regola sanzionatoria relativa al binomio atto-comportamento, occorre operare un distinguo in relazione ai doveri comportamentali degli intermediari, la cui violazione, può, in determinati casi, condurre alla declaratoria di nullità relativa dei contratti. L'A. sottolinea poi come tutta la materia dell'intermediazione finanziaria sia orientata all'efficienza dei mercati, non occupandosi sufficientemente della fonte del rapporto tra intermediario e cliente che è e resta un contratto «… ma non è nell'ottica del contratto che il fenomeno è pensato dal legislatore. A fronte di una disciplina dettagliata dell'attività, dell'atto manca lo schema, il tipo, gli effetti. L'interprete può ricostruirli, non leggerli nel testo delle leggi». Non deve sorprendere, dunque, che i rimedi risarcitori appaiano più praticabili nel caso di "disfunzioni giuridiche" rispetto ai rimedi contrattuali invalidanti, sicuramente di più difficile estensione.

certezza sugli investimenti, l' intima connessione esistente tra integrità del mercato e rimedi contrattuali a tutela dei traffici che nello stesso avvengono[33].

Se cioè quest'ultimo è da considerarsi quale sede naturale della reiterazione degli scambi e la qualità di questi dipende dalle regole che li governano, è alla portata delle regole che occorre guardare perché possa parlarsi di mercato "integro". In altri termini, appare chiaro che le norme di diritto civile applicate dalle Corti in un determinato mercato, condizionano il grado di correttezza di coloro che vi operano: più è alto il tasso di diligenza richiesto nel rispetto delle regole e determinata la risposta sanzionatoria dell'ordinamento in caso di comportamenti che quelle regole vìolano, più elevata è la possibilità di trovarsi ad agire in un luogo di scambio governato da princìpi di buon funzionamento ed ispirato al canone dell'integrità[34].

La connessione tra l'apporto delle norme di diritto civile di carattere invalidante e la qualità del mercato non sembra poter più essere ignorata, tanto che anche il legislatore comunitario si muove in tal senso quando richiede agli Stati membri, nell'art. 11 della Direttiva 2002/65/CE del 23 settembre 2002, sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, l'applicazione di «sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive» nei confronti di contratti conclusi dagli intermediari e dai fornitori dei servizi senza il rispetto degli obblighi informativi previsti dalla direttiva *de qua*.

Non possono neanche trascurarsi le ipotesi di nullità speciale introdotte dalle norme del testo bancario e del testo unico finanziario per l'inosservanza di obblighi di forma e contenuto[35]. È vero, siamo nel campo delle così dette "nullità di protezione", nate in ambito consumeristico, con la finalità di protezione del contraente debole[36], le quali, diversamente dalla categoria della nullità "classica", sono sempre "relative" cioè possono essere fatte valere solo dal soggetto nel cui interesse sono disposte.

Eppure, la loro presenza comprova la tutela, seppur mediata, di interessi analoghi a quelli sottesi alla normativa antiriciclaggio. In questa ottica, evidentemente andrebbe ri-

---

33 Interrelazione riconosciuta dalla stessa giurisprudenza di legittimità nelle sentenze gemelle nelle quali viene espressamente riconosciuto che le norme dettate in materia di intermediazione immobiliare sono previste non solo nell'interesse del singolo contraente di volta in volta implicato ma anche nell'interesse generale all'integrità dei mercati finanziari.

34 Sulla connessione esistente tra integrità del mercato e le regole che presiedono alla validità e all'efficacia dei contratti che nello stesso vengono stipulati si veda G. LA ROCCA, *Il contratto di intermediazione mobiliare tra teoria economica e categorie civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 107 ss.

35 Si allude agli artt. 117 del T.U.B. e 23 del T.U.F. Il primo, prevede la forma scritta per la redazione del contratto bancario (comma 1) e l'obbligo del contenuto minimo del contratto (commi 4-8), al fine di permettere al contraente debole di avere consapevolezza in relazione ai diritti e doveri nascenti dal contratto. Il secondo, dopo aver richiesto, a pena di nullità, la forma scritta per il contratto d'investimento, stabilisce, al comma 2, che è nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico e che, in tali ipotesi, nulla è dovuto dal cliente.

36 L'art. 36 del dec. lgs. 6 settembre 2005, n. 2006, (ex art. 1469 quinquies c.c.), prevede espressamente la nullità (in luogo della generica inefficacia) delle clausole in contrasto con gli artt. 34 e 35 del medesimo decreto. La nullità di tali clausole è da intendersi quale nullità parziale, in quanto il contratto "rimane valido per il resto". Tra i molteplici contributi sul tema G. D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione, variazioni sulla nullità,* in *Contr.,* 2008, 732 ss.; A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *Contr.,* 2006, 170 ss.; ID, La nullità di protezione in Eur. dir. priv., 2011, 4, 79 ss.; A. NATUCCI, *Invalidità di protezione e nullità delle clausole vessatorie alla luce dei principi costituzionali (italiani ed europei),* in *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, a cura di G. Iudica e G. Alpa in Collana per i cinquant'anni della Corte Costituzionale, Napoli, 2006, 227 ss.; S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico,* in *Rass. dir. civ.,* 2009, 1029 ss.; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 459 ss.

pensato al contributo che le norme del sistema civilistico in tema di invalidità sono in grado di fornire e all'efficacia del suo apparato sanzionatorio.

3.2. La clausola di salvaguardia di cui all'art. 58 del decreto nel prevedere l'efficacia degli atti compiuti in violazione delle regole elaborate a fini antiriciclaggio, mostra scarsa considerazione per le ipotesi in cui la condotta trasgressiva integri gli estremi di una fattispecie penalmente rilevante. Non può trascurarsi, infatti, che nel caso di condotte sanzionate penalmente, il comportamento del soggetto agente assume una valenza particolare, incrementandosi della prerogativa dell'antigiuridicità, intesa quale contrasto tra il fatto compiuto e l'ordinamento giuridico nel suo complesso. Ora, le norme penali, nell'approntare divieti, dalla cui violazione nascono illeciti di tipo commissivo o nel pretendere certe condotte, foriere in caso d'infrazione di reati omissivi, sono tutte norme imperative[37], per cui è lecito rappresentarsi il ricorrere di una nullità virtuale, di cui al primo comma dell'art. 1418 c.c., nei confronti del contratto posto in essere in dispregio di una norma penale, valorizzando il nesso tra la inosservanza della norma imperativa penale e gli effetti dell'operazione perseguita in concreto. [38]

In verità, il tema del rapporto tra contratto e reato, lungi dal tradursi nell'automatismo secondo cui ogni fattispecie penalmente rilevante risulta necessariamente anche invalida, è stato, da sempre, caratterizzato dall'alternanza di due diversi orientamenti[39]: il primo, pan-penalistico, che assegna un ruolo primario al precetto penale, determinando l'illiceità penale inevitabili conseguenze sul piano civile, tali da condurre, comunque, all'invalidità del contratto; il secondo, sostenuto prevalentemente dalla giurisprudenza di legittimità, che nega siffatto automatismo, in luogo di una verifica dell'interesse sotteso alle previsioninormative, la cui violazione può e non deve determinare l'obliterazione degli effetti contrattuali[40]. Secondo quest'ultimo pare che «l'interpretazione rigorosamente letterale di tale disposizione possa indurre a ritenere che dalla vio-

[37] La giurisprudenza di legittimità ha chiarito, ai fini della individuazione delle norme imperative la cui violazione determina una nullità virtuale ex art. 1418, comma 1, c.c., che le norme in questione sono quelle che attengono agli elementi c.d. "intrinseci"alla fattispecie negoziale, i quali, tuttavia, non necessariamente coincidono con gli elementi strutturali del contratto quali la causa o l'oggetto. Se così fosse, la nullità richiamabile sarebbe quella di cui al secondo comma del 1418 c.c., ovvero quella strutturale. È evidente che l'ambito di applicazione delle nullità virtuali si presenta diverso e indubbiamente più esteso rispetto a quello delle nullità strutturali come sostenuto dalla Cassazione, a Sezioni Unite, nella decisione n. 26724/2007, su *www.italgiure.giustizia.it.*:« ... l'area delle norme inderogabili la cui violazione può determinare la nullità del contratto ex art. 1418 co°. 1, c.c. è più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo. Vi sono ricomprese sicuramente anche le norme che in assoluto oppure in presenza o in difetto di determinate \condizioni oggettive o soggettive, direttamente vietano la stipulazione stessa del contratto».

[38] Sul tema: F. D'ARCANGELO, *Il contratto concluso in violazione di una norma penale,* in *Obbl. e Contr.,* 2007, 6 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative,* in *Riv. crit. dir. priv*., 1985, 447 ss.; A. DI AMATO, *op. cit*., 91 ss.; F. DI MARZIO, Illiceità penale della condotta e invalidità del contratto, in *Contr*., 2013, 3, 307 ss.; F. VASSALLI, *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.,* 1985, 467 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative,* Milano, 1993; P. ZANELLI, *La nullità inequivoca*, in *Contr. e impr.,* 1998, 3, 1253 ss.

[39] Cfr. E. PEDICINI, voce «*Contratto e Reato*», in *Dig. Disc. Priv*. - sez. civ. -, 2007, 374.

[40] Cass. civ., 15.ottobre1955, n. 3175, in Giust. civ., 1956, I, 19. Si veda altresì A. BALZANO, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto,* in *Giur. It.,* 1991, 11, nota a Cass. civ., sez I, 8 marzo 1991, n. 2481. La Cassazione argomenta che, quando è concluso un contratto proibito dalla legge prevedendo una sanzione penale o amministrativa ma senza nulla dire sulla sorte civilistica del medesimo, la nullità andrà accertata in concreto, cercando di valutare se il divieto intendesse colpire proprio la stipula di quel patto.

lazione di una norma imperativa consegua sempre la nullità del contratto, se questa non sia esclusa espressamente dalla legge, tuttavia dottrina e giurisprudenza hanno accolto soluzioni meno rigide e più liberali, escludendo, a volta, la nullità, in caso di espressa previsione di sanzioni diverse dall'invalidità negoziale (sanzioni amministrative, pecuniarie ecc.), e, in altri casi, per le ragioni stesse poste a base del divieto. In mancanza di una norma che commini la nullità, è, perciò, sempre compito dell'interprete stabilire se il legislatore abbia voluto tale misura giuridica, ovvero abbia previsto la validità del contratto e predisposto un diverso rimedio per il perseguimento dei suoi scopi[41]».

Illiceità penale e invalidità civile non operano, infatti, sul medesimo piano in quanto l'atto penalmente rilevante è frutto di una condotta vietata e provoca un intervento di tipo repressivo-sanzionatorio; l'atto invalido, da par suo, veicola un disvalore rilevante, individuato ed apprezzato in ragione di una visione sistematica e, nella specie, della ponderazione degli interessi concretamente realizzati.

Simmetricamente, occorre considerare l'interesse che la norma penale intende tutelare: se il negozio víola norme penali poste a tutela di interessi privati, la comminatoria della invalidità, non necessariamente è ritenuta indispensabile ad integrare l'ordine giuridico violato, non così, quando siano coinvolti interessi

generali, magari di rango costituzionale. In altri termini, «se una norma imperativa prevede, per la sua violazione, una sanzione penale, e non espressamente la nullità del contratto, la medesima, non può ritenersi esclusa, perché bisogna distinguere il caso in cui la legge considera valido il negozio, pur prevedendolo come reato, da quello in cui la nullità stessa si aggiunge all'incriminazione penale[42] ». Sul punto specifico, l'indagine del civilista deve risolutivamente prendere le mosse dall'art. 1322 c.c., teso alla valutazione dell'atto d'iniziativa in sé, oltre ogni riflessione consumata nella contaminazione tra causa e tipo[43].

In tal senso, in chiave strettamente funzionale, l'attenzione va rivolta alla concreta operazione posta in essere, affinché possa verificarsi l'effettiva meritevolezza degli interessi – siccome composti e realizzati nel contesto peculiare del tipo utilizzato. In concreto, già in senso strettamente metodologico, va decisamente avversata l'insidia consistente nel sottrarre al giudizio di cui all'art. 1322 c.c. l'atto d'iniziativa condotto pel tramite del tipo legale, quasi come se questo – ex se – fosse naturalmente meritevole di tutela[44].

Così, avverte raffinata dottrina, "E' necessario, cioè, valutare se l'interesse concretamente perseguito sia effettivamente corrispondente all'interesse tipizzato nello schema astratto"[45].

Da tanto consegue, in subjecta materia, la necessità di ponderare se la specifica organizzazione negoziale, utilizzata nel contesto generale di un'operazione economico-finanziaria - ascrivibile tra le ipotesi di riciclaggio – possa ritenersi attuativa dei "… principi dell'ordinamento giuridico"[46].

---

41 Cass. civ., 11 dicembre 1991, n. 13393, in Giust. civ.,1992, I, 1503 ss.

42 Cass. civ., 15 ottobre 1955, n. 3175, in Giust. civ., 1956, I, 19 ss.

43 Si segua l'illuminante riflessione di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, pp. 356-357.

44 Lo sottolinea autorevole dottrina secondo cui « la tesi che nega rilevanza al requisito della meritevolezza degli interessi contrattuali, ammettendo il solo limite della illiceità del contratto, è difficilmente condivisibile. Essa infatti non trova riscontro nella nostra disciplina codicistica, che distingue nettamente i due momenti della liceità della causa e della meritevolezza degli interessi contrattuali». In tal senso, C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo,* in *Riv. Dir. Civ.,* 2014, 2, 10251.

45 G.B. FERRI, *Causa e tipo* cit., 358.

46 G.B. FERRI*, Causa e tipo* cit., 359.

Verosimilmente, in una visione sistematica dell'atto d'iniziativa posto in essere[47], va colta la forza dirimente della distinzione – ontologica e dinamica – tra giudizio di meritevolezza e vaglio di liceità; né la pertinente contiguità può spingersi a sfumare l'incisività di quello a favore di questo.

Si aggiunga a questo che il nesso esistente tra contratto e illecito penale non si esaurisce in un unico e reiterato schema per il quale lo scambio del consenso integra tout court gli estremi della condotta penalmente rilevante, ma può manifestarsi mediante distinte modalità.

Si richiama a tal proposito la distinzione di matrice dottrinale tra reati in contratto, nei quali l'operazione negoziale non presenta un disvalore tipico della natura o delle finalità del rapporto e, pertanto, è suscettibile di sanzione solo la condotta di una delle parti per la modalità attraverso la quale il contratto viene concluso (paradigmatico è il caso della truffa) e reati - contratto, nei quali si vieta proprio la conclusione del contratto, relativamente alla finalità pratica perseguita (commercio di sostanze stupefacenti).

Nel dettaglio, mentre nel primo caso (in cui il contratto rimane valido) il reato si pone solo come premessa del patto e interviene prima o dopo di esso (ad es. il contratto stipulato a seguito di minacce o in caso di truffa), nel secondo (che determina la nullità), il fatto contra ius penetra nella struttura del contratto, cosicché esso stesso è il reato. A questa summa divisio, si aggiunge la possibilità di un negozio stipulato quale mezzo per compiere un reato o per conseguirne il profitto[48].

Trattasi di casi nei quali la struttura, in uno con il contenuto contrattuale, non sono, in sé stessi, in contrasto con la norma penale.

Lo è, invece, l'intera operazione economica, considerata nel suo complesso, per le finalità pratiche perseguite. In tali circostanze, il contratto-mezzo, strumentale alla commissione di un fatto reato, è nullo in quanto lo scopo che ne è sotteso risulta in contrasto con la norma penale ex art. 1418, 1° comma, c.c.

In un'ottica funzionale, la nullità viene in causa in quanto gli effetti del contratto concluso ledono direttamente gli interessi tutelati dalla norma e, quindi, risulta indispensabile, ai fini della sua attuazione, la cancellazione dei medesimi. Nel caso del riciclaggio, se il trasferimento del denaro, operato in dispregio dei precetti dettati dalla normativa in materia, costituisce il mezzo per commettere il reato, allora andrebbe senza dubbio ripensata l'idea di assicurare la piena vigenza della pattuizione contrattuale.

Nella prassi commerciale infatti l'investimento nell'acquisto di beni, specie di immobili, potrebbe rappresentare un'importante modalità per riciclare quantitativi di capitali di provenienza illecita.

Quindi, accanto alle sanzioni di carattere amministrativo previste dal dec. lgs. del 2007 n. 231, è opportuno rappresentarsi la conseguenza della nullità del contratto, analizzando lo scopo ultimo che lo scambio contrattuale ha avuto di mira. La soluzione, a que-

[47] Su tale necessità P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. Dir. Civ.,* 2010, 3, 10317, per il quale «La rivalutazione della fattispecie concreta rende improponibile la netta separazione - o addirittura la cesura - tra norme interpretative del fatto, dell'atto, del negozio, del contratto e quelle interpretative delle regole a specifica rilevanza normativa … La soluzione del conflitto tra interessi e valori giuridicamente rilevanti è realmente possibile se prospettata in sede applicativa. Ciò configura la valenza ermeneutica non tanto delle regole indicate esplicitamente a tal fine - che considerate isolatamente sono del tutto inidonee - quanto dell'intero sistema normativo, là dove i principi soprattutto - ma unitamente alle singole disposizioni - assumono valenza ermeneutica destinati, come sono, a dare contenuti alle generiche astratte - e a volte neutre - regole cc.dd. ermeneutiche».

[48] Per le catalogazioni previste dalla dottrina in ordine alle varie ipotesi di rapporto tra reato e contratto cfr. A. DI AMATO, *Contratto e reato,* cit., 33 ss.

sto punto, non dipende da aprioristiche valutazioni, bensì da un'indagine di tipo casistico che miri, cioè, alla comprensione dei fini perseguiti dalle parti e dal risultato ultimo cui tende l'accordo negoziale. Per una corretta indagine sugli interessi sottesi all'operazione negoziale, occorre affidarsi ad indici sussidiari come la qualità delle parti, la natura dei beni e dei servizi oggetto del contratto, le condizioni del mercato in cui si è concluso lo scambio, gli interessi eventualmente collegati, indicatori, peraltro, richiamati dal d.lgs. in commento, quali fondamento del based risk approach in tema di costumer due diligence.

La valutazione finalistica del regolamento di interessi oggetto dello scambio, condotta alla luce dei predetti parametri[49], può condurre, allora, legittimamente alla dichiarazione di nullità del contratto. In questa ultima ipotesi, la stipulazione in sé considerata configura la fattispecie tipica conforme al modello legale astratto, l'attività penalmente rilevante si identifica con l'operazione contrattuale e, da tanto, deriva la nullità del patto negoziale[50].

Ed infatti l'adesione, ormai pressoché unanime, alla nozione della funzione economico – individuale della causa, sposta l'attenzione dallo schema contrattuale astratto, al concreto e dinamico assetto di interessi programmato dalle parti attraverso il contratto. Pertanto, qualora gli interessi delle stesse, oggettivizzati nel contenuto negoziale, siano volti al riciclaggio del denaro, e non al conseguimento del tipo contrattuale prescelto, è concesso rappresentarsi, anche sul piano civilistico, l'applicabilità di una sanzione radicale in merito alla validità del patto, qual è la nullità.

Tale approccio muove dalla valorizzazione del legame esistente tra la norma imperativa penale, gli effetti della singola operazione, di volta in volta, perseguita e le conseguenze della sua violazione. D'altronde, un'ipotesi di invalidità del contratto per violazione di norme antiriciclaggio è già stata prevista dalla legislazione speciale, per colpire le infiltrazioni criminali nelle procedure dei contratti pubblici di lavori, servizi o forniture. Si allude alla legge 13 agosto 2010 n.136, rivisitata poi ad opera del d.l. 12 novembre 2010 n. 187, che onera la pubblica amministrazione dell'obbligo della tracciabilità dei pagamenti nel caso di appalti di lavori, servizi o forniture, pena la nullità dell'intera fattispecie contrattuale. Il comma 1 dell'art. 3 prevede che gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese, e i concessionari di finanziamenti pubblici, anche europei, a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubbliche, debbano utilizzare conti correnti aperti presso le banche o presso Poste italiane S.p.a. e dedicati alle commesse pubbliche; è poi fatto obbligo di effettuare tutti i relativi movimenti finanziari tramite bonifico bancario o postale o altro strumento idoneo a garantirne la tracciabilità.

In base al disposto dell'art. 3, comma 8, delle citata normativa, la stazione appaltante nei contratti conclusi con i relativi appaltatori deve inserire «a pena di nullità assoluta» una clausola con la quale assume «gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari».

Dal dato testuale, emerge una nullità "di struttura", a tutela delle istanze pubblicistiche di lotta alla criminalità organizzata, legata alla presenza di un difetto genetico del contratto e che trova la sua ratio nella natura cogente della disposizione.

---

[49] È la visione della causa quale ragione pratica del contratto. In particolare, «…essa stessa si pone quale criterio ermeneutico. L'interprete deve indagare la comune intenzione delle parti, ma per accertare che cosa realmente le parti hanno voluto occorre accertare qual è lo scopo perseguito, qual è l'interesse che il contratto è diretto a realizzare». Così C.M. BIANCA, *op. ult. cit.,* 10251.

[50] Sulla distinzione A. LIBERATI, *Contratto e interferenze tra disciplina civile e disciplina penale,* Milano, 2004; I. LEONCINI, *I rapporti tra contratti: reati-contratto e reati in contratto*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1990, 997 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale,* Padova, 2001, 575 ss.; E. RINGHINI, *Recenti sviluppi della giurisprudenza di merito sulla tutela dell'investitore*, in *Giur. Comm.*, 2009, 1, 150 ss.

L'invalidità radicale che colpisce il contratto mutua la specifica ragione dall'esigenza di esteriorizzare l'interesse pubblico cui l'attività è volta, mediante la pubblicità e la trasparenza delle operazioni in cui si articola. La materia è disciplinata dal codice dei contratti pubblici, la cui finalità primaria è quella di assicurare la corretta e attenta gestione delle risorse pubbliche mediante previsioni tese a conformare l'attività amministrativa al rispetto del principio cardine, di matrice comunitaria, di tutela della concorrenza. A questa primaria finalità, la legge 13 agosto 2010 n.136, aggiunge la necessità di rendere tracciabile e documentabile il flusso di capitale relativo ai contratti pubblici per scongiurare possibili interferenze da parte di associazioni criminali.

Nel suddetto contesto, si comprende appieno la ratio sottesa ad una soluzione radicale, che lungi dal risolversi in una nullità parziale, investe l'intero contratto, perché è posta a tutela non di un interesse di parte ma di istanze pubblicistiche di contrasto alle attività criminali. Trattasi, chiaramente, di un'ipotesi descrittivamente distinta da quella contemplata dal dec. lgs. n. 231 del 2007: siamo nel campo dei contratti ad evidenza pubblica di appalti di opere e servizi conclusi tra privati e pubblica amministrazione, nei quali il rischio d'infiltrazione delle imprese criminali è senza dubbio elevatissimo.

L'accostamento delle due discipline, tuttavia, è significativo in quanto dimostra, in materia, l'inevitabile connessione delle norme privatistiche con quelle a carattere strettamente penale, e la necessità d'intervento delle prime allo scopo di neutralizzare gli effetti penalmente rilevanti delle seconde. Nella pratica, quindi, non può escludersi che nei rapporti tra privati, l'investimento nell'acquisto di beni possa configurarsi come veicolo per riciclare quantitativi di danaro di provenienza illecita. Pertanto, stante la previsione di una sanzione di carattere esclusivamente amministrativa per l'inosservanza delle previsioni del dec. lgs. del 2007 n. 231, non può escludersi tout court un controllo sulla validità del contratto, dovendosi, viceversa, affidare ad un'indagine casistica che miri a verificare la ragione pratica dell'accordo negoziale concretamente adottato[51].

[51] Così A. VALONGO, *Trasparenza dei pagamenti e nullità del contratto nel nuovo regime antiriciclaggio,* in *www.rivistadirittoeprocesso.eu,* 314 ss.

A PROPOSITO DI ABUSO DI AUTONOMIA CONTRATTUALE DI IMPRESA.

CRISTINA DALIA

SOMMARIO: 1. Le esigenze di unitarietà nella repressione dell'abuso della libertà contrattuale d'impresa – 2. Le ragioni del sacrificio dell'autonomia negoziale dell'aderente nell'ottica del codice civile del '42 – 3. I limiti degli artt. 1341 e 1342 c.c. nella inibizione generale dell'esercizio illegittimo del potere di predisposizione unilaterale del contratto – 4. Il controllo del potere di autonomia contrattuale d'impresa nei contratti del consumatore attraverso il "non uso" di clausole vessatorie – 5. Il divieto di abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 l. n. 192/1998 come confine del potere contrattuale d'impresa – 6. Segue: e come principio generale del divieto di abuso di autonomia contrattuale nella contrattazione asimmetrica tra imprese - 7. La teoria dell'esercizio abusivo del diritto quale duplicato imperfetto del principio che vieta l'esercizio illegittimo del potere negoziale d'impresa.

1. La contrattazione che si svolge all'interno del mercato – ormai sempre più caratterizzato dal diverso ruolo e dal differente "potere" dei contraenti - risulta oggigiorno prevalentemente assoggettata a regole di settore che tendono a "proteggere", in maniera più o meno soddisfacente, la parte che verte in una posizione di debolezza giuridica rispetto all'altra, sanzionando eventuali "abusi[1]" contrattuali.

[1] Il fenomeno dell'abuso del diritto negli ultimi tempi si è imposto prepotentemente all'attenzione degli interpreti, chiamati ad affrontare quelle situazioni disparate, accomunate solo dalla circostanza di essere sprovviste di una disciplina soddisfacente, nel tentativo di individuare un rimedio generale in grado di sanzionare comportamenti non altrimenti reprensibili, ovvero repressi in maniera inadeguata. Ma se le forme attraverso cui può estrinsecarsi una condotta illegittima si presentano innumerevoli e variegate, appare evidente la difficoltà di una ricostruzione unitaria della categoria dell'abuso che ha inevitabilmente diviso quanti si sono occupati della questione. Il tema, infatti, investe non solo le ipotesi di abuso espressamente disciplinate dal codice civile (artt. 330, 833, 1015, 1175, 1375, 2793), ma anche e soprattutto quelle emerse dall'applicazione giurisprudenziale, prevalentemente in tema di: comunione e condominio, rapporti di lavoro, esercizio dell'impresa, riduzione della penale, rapporti societari, rapporti bancari, esercizio del diritto di credito; abuso di o nel processo, abusi in materia tributaria, esercizio abusivo del diritto di recesso, e via discorrendo. Sull'abuso del diritto in generale si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a: F. BENATTI, *Danni punitivi e abuso del diritto,* in *Contr. impr.*, 4-5, 2015, 862 ss.; M. TARUFFO, *Abuso del processo*, in *Contr. impr.*, 4-5, 2015, p. 832 ss.; AA.VV., L'abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali ed internazionali, a cura di G. Merone, Napoli, 2014; A. CONVERSO, *Note minime in tema di abuso del diritto*, in *Giur. merito*, 6, 2013, 1314 ss.; F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2013, 75 ss.; G. VILLANACCI, *I profili dell'abuso del diritto e la funzione integrativa del programma negoziale,* in *Rass. dir. civ.*, 1, 2013, 158 ss.; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.,* 3, 2012, 313 ss.; E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale,* in *Giur. comm.,* 2, 2011; F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa,* in *Riv. dir. civ.,* 4, 2011, 491 ss.; R. T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in *www.comparazionedirittocivile.it,* 2010; L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm.,* 5, 2010, pag. 834; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto,* Milano, 2007; F. DI CIOMMO, *Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto,* in *Contratti,* 2000, 1115; AA. VV., *L'abuso del diritto,* Padova, 1998; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto,* in Enc. dir., Aggiornamento, vol. II, Milano, 1998, 1 ss.; P. RESCIGNO, L'abuso del diritto, Bologna, 1998; G. LEVI, *L'abuso del diritto,* Milano, 1993; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, Padova, 1979, ristampa; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano,* in Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, 18 ss.; S. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.,* vol. I, Milano, 1958, 166 ss..

Com'è noto, la tecnica del codice civile, nel progetto di unificazione dei due codici ottocenteschi, ha preferito guardare "alla parte e non alle persone dei contraenti" [2], in ossequio al principio di uguaglianza formale, riportando l'atto al centro della disciplina ed eliminando ogni distinzione soggettiva.

Ma questa realtà è destinata a cedere il passo ad un'importante inversione di tendenza che segna una nuova stagione del contratto, orientata verso la differenziazione delle discipline contrattuali in ragione della qualifica soggettiva dei contraenti, dotati di differenti poteri negoziali.

Il panorama delle fonti del moderno diritto dei contratti, costantemente arricchito dal proliferare di leggi speciali[3] destinate ad attuare i principi e le regole di diritto contrattuale comunitario, ha dunque suggerito all'interprete di ragionare per "tipologie" o meglio per "categorie contrattuali" [4].

Si tratta di un problema non di poco conto se si pensa che le suddivisioni possibili sono molteplici, a seconda che si utilizzi come criterio classificatorio quello della fonte ovvero quello della "debolezza contrattuale", con evidenti ricadute sul piano sistematico; problema che, pur non potendo trovare risposta nella sede che qui interessa, per la necessità di un'indagine di più ampio respiro[5], suggerisce alcune riflessioni preliminari sul tema.

Infatti, occorre prendere le mosse da quelle disposizioni generali e speciali che regolano la materia delle condizioni generali e delle clausole vessatorie - terreno di elezione di vicende negoziali disciplinate tramite il ricorso al concetto di abuso - per accedere ad una visione unitaria del fenomeno. Il quadro normativo di riferimento, che alimenta l'idea di una ricostruzione organica della repressione dell'esercizio abusivo del

---

[2] Cfr. sul punto, da ultimo, M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. impr.,* 2013, 1, 72 ss.

[3] Cfr. al riguardo anche F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa,* cit., 495 s., il quale sottolinea che *"l'impossibilità di contenere il fenomeno della contrattazione d'impresa nella rete logica e assiologica del codice civile ne ha determinato la disorganica declinazione nella normativa postcodicistica di matrice o di influenza comunitaria".*

[4] Sul punto ampiamente, V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali,* Milano, 2000, *passim,* spec. 119, tra gli altri, ha segnalato il mutamento del diritto dei contratti interessato da un'alluvione normativa tesa ad avviare una nuova stagione del contratto caratterizzata da discipline applicabili in ragione della qualifica contrattuale assunta, nel segno della riemersione della categoria "dei contratti d'impresa". Ma già prima dell'evoluzione legislativa in materia A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali,* Padova 1954; ID, Contratti d'impresa, in *Enc. giur. Treccani*, IX, 1988, 1, rivendicava l'autonomia concettuale e funzionale dei contratti d'impresa caratterizzati non solo dalla presenza dell'imprenditore come parte contrattuale, ma anche dal fatto di essere gli stessi uno strumento di esplicazione dell'attività d'impresa.

[5] In questa sede, senza alcuna pretesa di esaustività, si ritiene opportuno semplificare la questione rinviando alle due principali ricostruzioni che ovviamente producono effetti diversi, seppur nella condivisa opportunità di declinare il contratto in diverse categorie. La prima impostazione (di V. ROPPO, Il *contratto del duemila,* 3° ed., Torino, 2011, 87 ss.), utilizzando quale criterio classificatorio la condizione di debolezza contrattuale di una delle parti, distingue due tipologie contrattuali: il contratto di diritto comune e il contratto asimmetrico che è idoneo a ricomprendere in sé tutte quelle forme di contrattazione in cui è evidente la debolezza contrattuale di una parte, come ad esempio la contrattazione tra consumatori e professionisti, quella tra imprese, quella tra banca e cliente, tra intermediari e investitori e via discorrendo. L'altra che, muovendo dalla qualifica soggettiva dei contraenti e dalle diverse fonti, distingue tre diverse categorie: il primo contratto, che sarebbe quello di diritto comune; il secondo contratto, cioè quello tra impresa e consumatore; infine il terzo contratto, vale a dire quello stipulato tra due imprese di cui una più debole. Per tutti, cfr. G.GITTI e G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

potere negoziale d'impresa, è rappresentato da norme di diritto comune (gli artt. 1341 e 1342 c.c.) e da disposizioni di diritto speciale (gli artt. 33-38 del codice del consumo[6] e l'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192), queste ultime destinate a garantire l'equilibrio normativo nel contratto asimmetrico.

Le normative speciali nascono proprio dall'esigenza di rimediare all'inadeguatezza dell'art. 1341 c.c. a reprimere, in maniera efficace, l'abuso del potere contrattuale d'impresa in quelle contrattazioni in cui è necessario, a causa di una condizione di debolezza contrattuale evidente, se non addirittura istituzionale[7], preservare l'autonomia dell'aderente, completamente sottomesso al potere di predisposizione unilaterale del contraente più forte.

Le ragioni di fondo della protezione accordata al consumatore, ad esempio, risiedono in una presunzione di inesperienza - dovuta all'assenza di specifiche conoscenze e competente tecnico-giuridiche - così come nella effettiva scarsa informazione sui termini della contrattazione, non sempre chiari e noti; ma anche nella debolezza contrattuale derivante dall'assenza di margini di contrattazione per il confezionamento del regolamento contrattuale, posto che il professionista - esperto di settore che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale - è molto meglio attrezzato a gestire tutte le fasi del contratto: da quella delle trattative a quella di un eventuale contenzioso, sulla base della necessità di uniformare i contratti con la generalità dei destinatari, nell'esercizio del potere di autonomia contrattuale d'impresa[8].

---

[6] Com'è noto la tutela del consumatore è affidata ad un impianto normativo autonomo, il codice del consumo di cui al D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, volto a ridurre l'asimmetria di potere al fine di garantire al consumatore rapporti contrattuali corretti, trasparenti ed equi con il professionista in attuazione dei diritti fondamentali di cui all'art. 2, comma 1, lett. e) cod. cons., per il riequilibrio normativo ed economico del contratto. E gli artt. 33-38 sono proprio destinati a dare attuazione al diritto del consumatore ad un contratto bilanciato, attraverso la repressione delle clausole abusive che determinano un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi contrattuali.

[7] Quale quella del consumatore. Un consumatore, per accedere ad un bene o ad un servizio di consumo, deve inevitabilmente relazionarsi con un professionista, produttore o distributore di quel bene o servizio, che, quale esperto di settore, è in grado di gestire unilateralmente l'intera fase contrattuale. Ciò che viene in considerazione è la sua soggezione al potere d'impresa, dal momento che anche un professionista (imprenditore, commerciante, artigiano, professionista intellettuale, stante la definizione di cui all'art. 3 del codice del consumo) può assumere la veste di consumatore, qualora agisca, non nell'esercizio della propria attività economica, bensì per il soddisfacimento di esigenze personali, con ciò annullando il rilievo delle specifiche competenze del contraente ed enfatizzando appunto l'esclusione di margini di contrattazione tra le parti quale valore da difendere. Cfr. da ultimo, Cass. 12 marzo 2014, n. 5705, in Mass. Giust. civ., 2014: "La qualifica di consumatore di cui all'art 3 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 - rilevante ai fini della identificazione del soggetto legittimato ad avvalersi della tutela di cui all'art. 33 del citato d.lgs. - spetta alle sole persone fisiche, allorché concludano un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata, dovendosi, invece, considerare professionista il soggetto che stipuli il contratto nell'esercizio di una siffatta attività o per uno scopo a questa connesso. Ne consegue che non rileva in modo decisivo, al fine di escludere la sussistenza di un rapporto di consumo, la sola circostanza che la parte, nel concludere il contratto con il professionista, si sia qualificata come avvocato". Pertanto, appare ovvio, dal tenore della decisione, che la presentazione di sé come professionista all'atto della stipula del contratto non è idonea a trasformare il consumatore in professionista se quell'atto è stato concluso per il soddisfacimento di esigenze personali, legate appunto all'individuo in quanto tale e non al soggetto esercente una professione o un'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale. Diverso sarebbe stato il caso in cui il professionista avesse dichiarato di agire nella sua veste professionale, per il soddisfacimento di esigenze legate all'attività esercitata.

[8] Ad analoghe considerazioni giunge, da ultimo, Cass., sez. VI, 12 marzo 2014, n. 5705, cit..

La debolezza contrattuale dell'imprenditore, invece, è meno marcata, ma comunque deducibile in linea di massima dalle disposizioni relative che danno risalto non solo alle dimensioni di un'impresa, più ridotte rispetto a quelle della controparte, ma anche e soprattutto ad una situazione di dipendenza economica; aspetti questi che denotano condizioni di forza e di potere contrattuali differenti e che sospingono le esigenze di protezione del contraente più debole e del mercato, garantendo, anche in questo caso, il corretto esercizio del potere di autonomia negoziale d'impresa. In ogni caso, al di là del contenuto più o meno esaustivo delle singole normative speciali, elemento comune alle stesse è l'intenzione del legislatore di contrastare in maniera più incisiva e determinata rispetto al codice civile eventuali "abusi" [9], da parte dell'impresa, dell'esercizio del potere di predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale che, lungi dal soddisfare le esigenze di celerità, uniformità e speditezza della contrattazione, si traducono nella imposizione di un contratto arbitrariamente e ingiustificatamente vantaggioso per il predisponente.

Il problema, però, è che le discipline di settore presentano non poche zone d'ombra, lasciando apparentemente fuori dal loro ambito di applicazione diverse ipotesi in cui è facile rinvenire "abusi contrattuali" da parte delle imprese predisponenti e che non possono dirsi ormai adeguatamente sanzionati dall'art. 1341 c.c.

Pertanto, ci si chiede se non sia più opportuno disapplicare la disposizione da ultimo citata alla contrattazione asimmetrica tra imprese e individuare un principio guida, espresso dalla legislazione speciale di settore, in grado di assorbire la fattispecie e garantire una categoria autonoma, fondata su basi solide.

Appare chiaro che, quando il potere di dettare condizioni contrattuali si realizza nell'imposizione di condizioni inique che rendono iniquo il contratto, l'esercizio della libertà contrattuale è abusivo perché la decisione solitaria sul contratto può determinare un assetto squilibrato dei diritti ed obblighi contrattuali: in tal caso la repressione dell'abuso mira alla ricostituzione dell'equilibrio violato[10].

E il nostro ordinamento ha represso adeguatamente queste forme di abuso, rendendo forse superflua la ricerca di ulteriori soluzioni, ancorate a concetti e principi differenti, che spingono a sanzionare in maniera troppo incerta le ipotesi di esercizio abusivo di un diritto contrattuale e, in particolare, dell'esercizio abusivo del diritto di recesso[11].

2. La disposizione di cui all'art. 1341 c.c.[12]rappresenta il fondamento del potere di autonomia contrattuale d'impresa[13], in quanto, seppur affrancata da qualifiche

[9] Cfr. a tal riguardo anche F. DI MARZIO, *op. cit.,* 498, il quale evidenzia che se il potere di dettare le condizioni contrattuali sfocia nella imposizione di condizioni inique, l'esercizio della libertà contrattuale si qualifica come abusivo

[10]Si veda, a tal proposito, F. DI MARZIO, *op. cit.,* 498 s., spec. 503, secondo cui il divieto di abuso si offre come ragione legittimante dello sforzo legislativo che si dispiega nel tentativo di regolare la cosiddetta contrattazione asimmetrica o ineguale. Chiarito che determinate condotte possono concretarsi in un abuso, non è però dato comprendere come queste vadano gestite, ovvero, quale sia la sanzione in caso di abuso di potere di autonomia contrattuale d'impresa.

[11] Che ha trovato consacrazione nella ormai nota applicazione giurisprudenziale di Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Rass. dir. civ*., 2010, 2, 577; *Resp. Civ. e prev*., 2010, 2, 345; Foro it. 2010, 1, I, 85; *Giust. civ.,* 2009, 12, I, 2671; *Vita not*., 2010, 1, I, 229; *Giur. comm.,* 2010, 5, II, 828.

[12] La cospicua letteratura maturata sul tema delle condizioni generali di contratto e clausole vessatorie rende impossibile un'indicazione completa ed esaustiva dei relativi riferimenti, considerata la sede dell'indagine. Pertanto sia sufficiente rinviare, per gli aspetti di carattere generale, a: V. SIMONCELLI SCIALOJA, Il *cd. contratto per adesione e gli artt. 1342 e 1342 cod. civ.,* in *Foro it*., 1949, IV, 39; M. DOSSETTO, *Le condizioni generali di contratto e i contratti conclusi mediante moduli o formulari,* Padova, 1951; A.

soggettive, riconosce il potere di predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale principalmente[14]all'imprenditore, cioè a colui che di fatto ha esigenze di uniformità e rapidità della contrattazione.

Nel paragrafo 612 della Relazione al Codice civile è possibile cogliere quei passaggi essenziali che, evidenziando le ragioni della regolamentazione giuridica del fenomeno, aiutano a comprendere meglio pregi e limiti della disciplina dei contratti per adesione. Da esso si evince che gli artt. 1341 e 1342 c.c. sono la risposta legislativa ad una pratica contrattuale che, in quanto priva di apposita disciplina normativa perché sorta appunto nella prassi, ha investito inevitabilmente la giurisprudenza della verifica della sua legittimità.

Pertanto, pur riconoscendo le esigenze di uniformità e celerità della contrattazione d'impresa, i giudici del passato, chiamati a confrontarsi con il fenomeno, si sono preoccupati di contenere eventuali abusi, ravvisabili nei casi in cui gli schemi prestabiliti contenessero clausole in grado di mettere i "clienti alla mercé degli imprenditori", ora allargando il concetto di illiceità, ora affermando la "mancanza di consenso su alcuni patti onerosi".

Il legislatore, al tempo della codificazione, ha ritenuto di porre rimedio ai problemi sollevati dall'esperienza concreta, prevedendo una regola esplicita che contenesse l'ampio potere d'impresa nei limiti del contemperamento di opposte esigenze: quelle preminenti dell'impresa di uniformità e celerità della contrattazione e quelle individuali dell'aderente, nel rispetto del principio di uguaglianza formale tra le parti e della salvaguardia della libertà contrattuale.

Pertanto, "il bisogno di assicurare l'uniformità del contenuto di tutti i rapporti di natura identica, per una più precisa determinazione dell'alea che vi è connessa, la difficoltà che si oppone alle trattative con i clienti, […] l'esigenza di semplificare l'organizzazione e la gestione delle imprese, inducono l'imprenditore a prestabilire moduli il cui testo non può essere discusso dal cliente, se il cliente non vuole rinunziare all'affare. Un tal metodo di conclusione del contratto non deve ritenersi illegittimo

---

GIORDANO, *I contratti per adesione, Milano*, 1951; A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954; V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa,* Camerino-Napoli, 1983; C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto,* I) Diritto civile, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988; S. PATTI, in G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard, artt. 1337-1342 c.c.,* in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, Milano, 1993, 300 ss.; G. DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 10, Torino, 1995; M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto,* Padova, 1996; A. TULLIO, *Il contratto per adesione,* Milano, 1997; E. MINERVINI, *Gli articoli 1341, 1342 e 1370, in Rimedi-1, Trattato del contratto diretto da Roppo*, Milano, 2006, 485 ss.; V. ROPPO*, Il contratto*, Milano, 2011.

[13] Cfr. anche F. DI MARZIO, *op. cit.*, 498, secondo cui l'art. 1341 c.c. è espressione del potere costitutivo dell'autonomia negoziale d'impresa. Ancora, per A. DI MAJO, Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 195, il fenomeno delle condizioni generali di contratto è espressione di una tipica situazione di potere che si ricollega all'organizzazione produttiva dell'impresa. Il "*potere normativo d'impresa, in nome di una pretesa razionalizzazione dei settori di produzione […], si traduce […] nella predisposizione unilaterale, in funzione uniformatrice […] di un regolamento negoziale*". Si tratta di un atto interno di impresa destinato ad imporsi a chi è privo di alternative o è limitato nella scelta.

[14] Nel Par. 612 della Relazione al codice civile, ultimo capoverso, si legge che le norme degli artt. 1341 e 1342 c.c. si devono osservare all'infuori della sfera dei contratti d'impresa, ogniqualvolta una parte usi formulari predisposti e qualunque sia il tipo di contratto concluso. Il testo della relazione è pubblicato in Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile, a cura del Consiglio Nazionale Forense, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2010, p. 130. Si veda sul punto anche A. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, cit., 6: il fenomeno delle condizioni generali e della standardizzazione è considerato dalla legge senza esplicito riferimento alla contrattazione d'impresa, ma pur sempre come manifestazione tipica del mondo dell'impresa.

solo perché non dà luogo a trattative e a dibattiti di clausole, ma costringe ad accettare patti preordinati. La realtà economica odierna si fonda anche su una rapida conclusione degli affari, che è condizione di un acceleramento del fenomeno produttivo; a questa esigenza va sacrificato il bisogno di una libertà di trattativa, che imporrebbe intralci spesso insuperabili"[15]. Per evitare, però, che l'esercizio di questo potere desse luogo ad abusi - come era stato in assenza di apposita regolamentazione - travalicando i limiti di correttezza e buona fede che devono dominare anche la materia dei contratti per adesione, il legislatore del '42 decise di collegare l'efficacia delle condizioni generali di contratto alla conoscenza o alla conoscibilità da parte dell'aderente, nonché di subordinare la validità delle clausole vessatorie alla specifica sottoscrizione. Nel contesto economico, giuridico, storico e culturale proprio dell'unificazione dei codici ottocenteschi, dunque, si sceglie di sacrificare l'autonomia dell'aderente in favore delle necessità dell'impresa, ritenute in tal modo preminenti[16]. Tale sacrificio sembra cristallizzarsi nel principio di uguaglianza formale dei contraenti, di cui le norme degli artt. 1341 e 1342 c.c. sono espressione. Per il legislatore, evidentemente, quello delineato dalle norme richiamate è comunque un sistema di garanzia in grado di contenere e reprimere eventuali abusi da parte delle imprese del potere di predisposizione unilaterale del contratto. L'uguaglianza formale dei contraenti è garantita - contenendo così anche i rischi di eventuali distorsioni nell'esercizio del relativo potere - dal requisito di conoscenza o conoscibilità per l'efficacia delle condizioni generali; dalla specifica sottoscrizione della clausola vessatoria che, richiamando l'attenzione dell'aderente sull'onerosità della stessa, gli consente di valutare se sarà in grado di sopportare o meno il vincolo e quindi di accettare o meno; inoltre dall'uniformità, destinata ad offrire alla generalità degli utenti il medesimo trattamento contrattuale per l'erogazione di quel bene o servizio, evitando possibili discriminazioni e/o disparità di trattamento; infine dall'art. 1342 c.c., il quale[17] ammette una modalità di esercizio dell'autonomia dell'aderente di modificare, anche solo in parte, il contenuto del regolamento contrattuale, nel segno di una seppur minima opportunità di contrattazione con l'imprenditore.

3. La lettura delle norme degli artt. 1341 e 1342 c.c., nel contesto della disciplina generale del contratto, e in una al paragrafo 612 della Relazione al codice civile, lascia dedurre che la predisposizione unilaterale intanto è concessa in quanto venga esercitata nel rispetto delle esigenze di celerità della contrattazione d'impresa, perché solo un esercizio del relativo potere, contenuto entro i limiti della buona fede, può considerarsi legittimo. Ove detto esercizio produca dei contratti squilibrati dal punto di vista normativo, in quanto ingiustificatamente gravosi per l'aderente, vorrà dire che di questo potere si è fatto abuso. Quindi, è proprio il legislatore a concepire come abusivo un esercizio del potere di autonomia contrattuale d'impresa che non assolve alla funzione sua propria, perché travalica i confini del comportamento corretto. Ma nella sostanza,

[15] Testualmente il par. 612 della Relazione al codice civile.

[16] Cfr. A. DALMARTELLO, *Contratti d'impres*a, cit., 8: i contratti di impresa sono una categoria che "ha nel collegamento funzionale con la vita stessa dell'impresa un particolare titolo di meritevolezza di tutela e, perciò, una più estesa attribuzione di autonomia". Essendo strumenti di esplicazione dell'attività d'impresa, detti contratti sono idonei a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento.

[17] La norma, com'è noto, prevede che nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse e anche se queste non vengano cancellate.

l'esperienza ha dimostrato che gli strumenti di tutela predisposti, concepiti in un'ottica di potenziale garanzia, in realtà si sono rivelati inadeguati a prevenire e contrastare condotte abusive. Anzi, non sembra azzardato affermare che è stato proprio il sistema normativo, come delineato negli artt. 1341 e 1342 c.c., a consentire alle imprese di conformarsi nell'adozioni di modelli contrattuali eccessivamente vantaggiosi per sé, approfittando di quella inerzia contrattuale in cui l'aderente è confinato dalle disposizioni richiamate e, in particolare, dal requisito della specifica sottoscrizione per la validità della clausola vessatoria, che, lungi dal rappresentare una forma di garanzia, si è tradotta in una condotta imposta. Non è revocabile in dubbio, infatti, che le imprese operanti in un determinato comparto economico utilizzino le medesime principali condizioni generali e clausole vessatorie e non consentendo margini di contrattazione – come testimonia lo scarso rilievo pratico dell'art. 1342 c.c. –, svilendo completamente la funzione della specifica sottoscrizione della clausola onerosa che da strumento di tutela dell'aderente diventa un "atto dovuto", in grado di limitare l'autonomia del contraente che non riesce a rinvenire sul mercato alternative valide, per la mancanza di offerte diversificate del regolamento contrattuale. Quindi, non vi è più solo una limitazione dell'autonomia alla scelta sul "se contrarre", ma addirittura un'imposizione a contrarre solo a quelle condizioni, ormai generalizzate. Pertanto: se la contrattazione di massa diventa fenomeno dirompente, se le condizioni generali e le clausole vessatorie sono utilizzate dal predisponente senza alcun controllo[18], se di fatto l'impresa non consente all'aderente di modificare alcuna

condizione, se le imprese conformano i loro modelli contrattuali - impedendo una contrattazione seppur minima o una scelta sull'opportunità di contrarre a quelle condizioni - vuol dire che l'impianto normativo predisposto non è riuscito a sanzionare efficacemente, e di conseguenza a prevenire, l'esercizio illegittimo, da parte delle imprese, del relativo potere di autonomia contrattuale[19].

L'abuso, dunque, sussiste, ma è l'abuso del potere di predisporre unilateralmente il regolamento contrattuale nell'esclusivo interesse di una delle parti, violando il principio di buona fede che impone il rispetto delle regole di lealtà, collaborazione, cooperazione al fine della salvaguardia dell'altrui interesse, nei limiti di un apprezzabile sacrificio[20]. L'inidoneità della previsione codicistica, in tema di condizioni generali e clausole

[18] A. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, cit., 8, osserva che sovente accade che, negli schemi contrattuali predisposti unilateralmente, la tutela degli interessi dell'impresa è superiore rispetto a quella riconosciuta all'aderente. Per questo, un sano e regolare sviluppo dell'economia di mercato suggerisce di imporre delle limitazioni all'esercizio dell'attività d'impresa. Limitazioni che possono avere sia carattere preventivo (come nel caso di autorizzazioni, licenze, iscrizioni in ruoli o albi), sia carattere successivo, attraverso forme di controllo amministrativo o giudiziale delle condizioni generali di contratto. Queste considerazioni supportano l'idea espressa nel testo che, sebbene il riconoscimento all'imprenditore di una più ampia autonomia contrattuale sia legato alla realizzazione dell'attività d'impresa, appare ovvio che siffatto potere perde la sua ragion d'essere se non corrisponde alle esigenze di razionalizzazione dell'attività produttiva.

[19] Sono proprio le norme degli artt. 1341 e 1342 c.c. che hanno favorito una posizione di supremazia o prepotenza delle imprese, perché la garanzia meramente formale da esse apprestata ha mostrato tutti i suoi limiti. Se c'è un contraente forte, che può imporre le sue condizioni e se questo atteggiamento è diffuso tra tutte o la maggior parte imprese di comparto, ci sarà sempre un contraente debole che ora è il consumatore, ora è il professionista, ora è l'imprenditore agricolo, l'artigiano, la piccola impresa, l'ente non riconosciuto ecc., che non avranno alcuna possibilità di reperire un'alternativa contrattuale soddisfacente per quel medesimo bene o servizio.

[20] La giurisprudenza è ormai unanimemente orientata a concepire il principio di buona fede come espressione della solidarietà costituzionale di cui all'art. 2 Cost.: la violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza è espressione di un generale principio di solidarietà sociale che, nell'ambito

vessatorie, a reprimere l'abuso del potere contrattuale d'impresa nell'ambito della contrattazione asimmetrica o squilibrata, ha favorito una serie di interventi normativi successivi, volti a contrastare in maniera più incisiva la scorretta gestione del potere negoziale d'impresa nei confronti dei contraenti deboli.

4. L'area dei contratti dei consumatori[21] è, com'è noto, garantita dagli artt. 33-38 del codice del consumo che approntano un complesso sistema di tutela[22],sintomatico della volontà di sanzionare efficacemente l'abuso del potere di predisposizione unilaterale, superando gli ostacoli formali presenti nel diritto comune di contratti[23].

É indubbio che nei contratti del consumatore il fenomeno dell'utilizzo delle clausole vessatorie sia considerato e represso come abusivo, qualora le stesse siano in grado di determinare un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. La locuzione "clausole abusive" è notoriamente utilizzata a livello europeo, come risulta dalla direttiva 93/13/CEE, destinata a imporre la loro eliminazione dai contratti stipulati tra i consumatori e i professionisti.

Il termine è presente in tutto il testo legislativo. Ma al di là della espressione utilizzata, che potrebbe sembrare volutamente atecnica per evitare che la normativa europea possa identificarsi con un ordinamento giuridico specifico e tradire l'intento di coniugarsi con tutti, il sistema di inibizione dell'utilizzo delle condizioni gravose è la risposta all'abuso del potere di autonomia contrattuale d'impresa e, in particolare, del potere di predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale.

Anche se il legislatore italiano non ha utilizzato la stessa dizione[24] nel rispetto della tradizione giuridica nostrana avvezza alle "clausole vessatorie", ha comunque predisposto una disciplina articolata in funzione del controllo del corretto esercizio dell'autonomia contrattuale d'impresa e del divieto di ogni sua forma di abuso. Infatti, il carattere più incisivo della tutela è rappresentato dalla nullità di protezione della clau-

---

contrattuale, implica un obbligo di reciproca lealtà e condotta che deve presiedere l'intera fase contrattuale, dalla formazione, alla esecuzione e all'interpretazione. Tra le altre, in questo senso, Cass. 29 agosto 2011, n. 17716, in Guida dir., 2011, 43, 67.

[21] Tra gli innumerevoli contributi in materia si segnalano, in particolare, quelli di: V. RIZZO, *Le clausole "abusive": realtà e prospettive. La direttiva CEE del 5 aprile 1993,* in *Rass. dir. civ.,* 1993, 582, ss.; AA. VV., Commentario al Capo XIV Bis del Codice Civile: Dei contratti del consumatore, Art. 1469-bis – 1469-sexies, in *Nuove leggi civili commentate*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, Padova, 1999; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie,* Napoli, 2001; G. ALPA e S. PATTI, Clausole vessatorie nei contratti del consumatore, Art. 1469 bis – 1469 sexies, in Cod. civ. Commentario Schlesinger, Milano, 2003; AA. VV., *I contratti dei consumatori, I*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Padova, 2005; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Rimedi-1, IV, Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 485 ss.; A. SCARPELLO, *Le clausole vessatorie,* in *I contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa, Milano, 2014, 603 ss.

[22] Realizzabile tramite un triplo binario: quello individuale della nullità di protezione ex art. 36, quello collettivo dell'azione inibitoria ex art. 37 e quello amministrativo di cui all'art. 37-bis..

[23] Schematicamente, infatti, la struttura della disciplina si articola attraverso: la indicazione di un criterio per la valutazione della vessatorietà di una clausola ritenuta abusiva pur se non contenuta in uno degli elenchi successivi, superando il principio di tassatività delle clausole onerose (di cui all'art. 1341, comma 2, c.c.) in favore di un elenco esemplificativo; la presunzione relativa di vessatorietà di ventidue clausole, che ammette la sola prova contraria indicata espressamente dai commi 3 e 4 dell'art. 34; la trasparenza delle clausole contrattuali (art. 35); la nullità di protezione delle clausole di fatto vessatorie, a prescindere dalla specifica sottoscrizione.

[24] I termini "abusive" e "abusività" sono contenuti rispettivamente nell'art. 35, comma 4 e nell'art. 37 cod. cons. Originariamente la loro presenza è stata attribuita ad una sciatteria legislativa, cui, però, non si è posto rimedio nella trasposizione delle norme dal codice civile al codice del consumo.

sola vessatoria quantunque sottoscritta, che di fatto è pregiudizievole per il consumatore.

Il superamento del formalismo della specifica sottoscrizione è nel senso della garanzia sostanziale dell'aderente, proprio perché nei contratti asimmetrici l'accettazione della clausola, lungi dall'esprimere un consenso serio ed effettivo, è più che altro un atto necessario.

Pertanto, la sottoscrizione non può nemmeno rappresentare una prova idonea della trattativa individuale, diretta a contrastare la presunzione relativa di vessatorietà, essendo richiesto un negoziato minimo tra le parti, in grado di riconoscere al consumatore la possibilità di andare a modificare il regolamento contrattuale. La nullità di protezione, relativa e necessariamente parziale, riguarda la sola clausola abusiva e non inficia l'intero contratto, proprio perché destinata alla sua conservazione. É chiaro che si vuole salvaguardare l'operazione economica e l'interesse del consumatore al contratto, sanzionando solo l'abuso, e chi lo ha perpetrato, per non pregiudicare la parte debole.

Nell'interpretazione e applicazione della direttiva 93/13/CEE la Corte di Giustizia[25] ha chiarito che l'art. 6, par. 1, della stessa impone al giudice nazionale di limitarsi a disapplicare la clausola incriminata, non potendo provvedere alla sua sostituzione di diritto con una simile, meno gravosa. Se si attribuisse al giudice il potere di rivedere il contenuto della clausola, spiega la Corte, si minerebbe l'effetto dissuasivo derivante dalla sua disapplicazione, che intende scoraggiare il professionista dal suo utilizzo, così come dall'impiego di clausole similari, nei rapporti contrattuali futuri. Un eventuale intervento correttivo vanificherebbe il risultato. Quindi, la nullità della clausola quantunque sottoscritta, ma di fatto abusiva, perché in grado di determinare il significativo squilibrio di diritti e obblighi contrattuali, è diretta a sanzionare l'esercizio alterato del potere negoziale d'impresa, riportando il contratto nei binari della proporzione, attraverso la sua conservazione, possibile grazie alla disapplicazione della pattuizione iniqua, in un'ottica di dissuasione del professionista dall'adozione futura della clausola incriminata[26] e, quindi, nella effettiva prevenzione di condotte abusive.

La inoperatività della clausola derivante dalla nullità di protezione ha sì uno scopo rimediale, in quanto sanziona il comportamento in essere del professionista scorretto, ma svolge anche una funzione preventiva, inducendolo ad espungere quella regola dai suoi moduli o formulari futuri, proprio per il "non uso" di clausole abusive.

Il programma normativo di "prevenzione" delle forme di abuso si avvale anche dell'azione inibitoria collettiva (dell'art. 37 cod. cons.), che appunto tende ad impedire l'impiego da parte del professionista delle clausole vessatorie nei rapporti futuri, qualora siano al vaglio moduli o formulari non ancora in uso, ovvero consente di eliminarle dai rapporti contrattuali già in atto.

E come se non bastasse, il sistema precauzionale è stato da ultimo arricchito dalla introduzione dell'art. 37 bis del codice del consumo, che apporta una forma di controllo amministrativo delle clausole abusive adoperate nei confronti del consumatore: la dichiarazione di vessatorietà da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, opportunamente pubblicizzata nelle forme e nei modi previsti, tende proprio

[25] Corte di Giustizia UE, sez. I, 14 giugno 2012, n. C-618/10, in Contratti, 2013, 1, 16 ss. Conforme: Collegio arbitrale di Roma, ord. 23 maggio 2014, n. 3415, in *Contratti*, 2014, 8/9, 737.

[26] Sul punto sia consentito rinviare a C. DALIA, *La procedura di conciliazione per la risoluzione delle controversie tra imprese e consumatori in materia di clausole abusive*, in *Persona e mercato*, 4, 2014, 25 ss., ove ampi riferimenti bibliografici.

a disincentivare l'adozione futura di quelle condizioni per le quali è stato espresso un giudizio negativo. In definitiva, questa strategia di prevenzione dell'abuso del potere contrattuale d'impresa nei confronti del consumatore, certamente più efficace di quella adottata dal codice civile negli artt. 1341 e 1342 c.c., è diretta proprio al corretto impiego delle condizioni generali e della pratica dei contratti per adesione attraverso il "non uso" delle clausole gravose, che integrano la violazione delle regole di correttezza, con conseguente lesione del diritto del consumatore al contratto bilanciato, espressamente sancito dall'art. 2 cod. cons.[27].

5. Ugualmente nel senso della repressione dell'esercizio illegittimo del potere contrattuale d'impresa è il principio espresso dall'art. 9 della legge n. 192/1998 che, tra l'altro, esordisce proprio con il divieto di "abuso di dipendenza economica" in materia contrattuale. E' chiaro che l'espressione letterale da sola non può dirsi sufficiente a fondare un concetto molto articolato come quello in esame, che viene meglio confermato nei suoi caratteri costitutivi da una lettura esegetica della disposizione, che consentirà di comprenderne il significato effettivo. La norma dispone che: "E' vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice.

Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi.

La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti" (comma 1). "L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto" (comma 2). "Il patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni" (comma 3). Il primo comma sancisce il divieto generale di abuso di dipendenza economica e delinea il raggio di operatività, oggettivo e soggettivo, della relativa disciplina, cui concorre nella definizione anche il comma successivo. L'ambito di applicazione è, dunque, quello dei contratti[28] tra imprese, perché il riferimento ai "rapporti commerciali" è comprensivo dell'insieme delle relazioni contrattuali tra imprenditori.

---

[27] Quindi, l'articolata disciplina conferma appunto che intanto il potere di predisposizione unilaterale è concesso in sacrificio dell'autonomia contrattuale dell'aderente, in quanto sotteso alle reali esigenze dell'impresa. Ogniqualvolta l'esercizio di tale potere travalichi i suoi limiti, si avrà una condotta scorretta che, traducendosi nell'abuso del potere di predisposizione unilaterale – recte, del potere di autonomia contrattuale d'impresa -, determinerà uno squilibrio contrattuale in danno del consumatore e sarà perciò sanzionabile.

[28] A differenza della legge antitrust che opera nel settore della concorrenza, come chiarito nella segnalazione dell'AGCM 10 febbraio 1998, in bollettino 5/98, in cui si legge che la norma contiene una regola specifica della disciplina dei rapporti contrattuali che per ovvie ragioni non può trovare la sua sedes naturale nella legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato". Da qui la tendenza a mantenere le due discipline su due terreni distinti: quello contrattuale, la prima, e quello della concorrenza, la seconda. Per tutti, su tale aspetto, cfr.: P. NEBBIA*, La subfornitura industriale,* in *I contratti di somministrazione e di distribuzione,* in *Trattato dei Contratti d*iretto da Rescigno e Gabrielli, vol. 17, Torino, 2011, 752 s.; A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/98:* problemi di diritto sostanziale, in *Contratti,* 1999, 2, 196.

Occorre precisare subito che i suddetti rapporti devono essere caratterizzati da un assetto squilibrato dei diritti e degli obblighi contrattuali, a causa dell'approfittamento, da parte dell'impresa predisponente, del potere di confezionamento unilaterale del regolamento negoziale e della soggezione dell'impresa aderente, costretta alla negoziazione onerosa per l'impossibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

La norma limita fortemente l'autonomia contrattuale d'impresa, vietando l'esercizio illegittimo delle due sue principali forme di manifestazione, vale a dire del potere di predisposizione unilaterale del regolamento negoziale (cioè del potere normativo d'impresa) e della libertà di contrarre. Infatti, la prima forma di abuso deducibile dalla statuizione è quella dell'imposizione di un regolamento contrattuale squilibrato, attraverso l'impiego di condizioni ingiustificatamente gravose che, appunto, non corrispondono alle esigenze di uniformità dei rapporti contrattuali d'impresa, ma allo strapotere del predisponente che se ne avvale semplicemente per favorire la propria posizione contrattuale e garantirsi dei contratti più vantaggiosi. La dipendenza economica è senza dubbio soggezione economica e contrattuale: è la capacità di un'impresa proponente di determinare, nei rapporti contrattuali con un'altra impresa aderente, un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi che, riguardando il complesso delle posizioni contrattuali dei contraenti, è normativo e non economico. Ai fini della valutazione dello squilibrio, e più in generale dell'abuso di dipendenza economica nella predisposizione unilaterale del contratto, rileva la reale possibilità per la parte che subisce l'abuso di trovare alternative soddisfacenti.

Appare chiaro che il legislatore vuole evitare l'utilizzo incondizionato e arbitrario delle condizioni generali di contratto e delle clausole vessatorie, favorito dalla reale difficoltà dell'impresa aderente di sottrarsi ad una contrattazione gravosa. Pertanto, in questo contesto, l'abuso di dipendenza economica altro non è se non l'abuso dell'autonomia negoziale d'impresa per il tramite dell'esercizio arbitrario del potere di imposizione di un regolamento contrattuale squilibrato, cui l'aderente non può sottrarsi. Lo squilibrio, dunque, può concretizzarsi nell'imposizione di condizioni discriminatorie o ingiustificatamente gravose, in quanto non adoperate per preservare l'interesse del predisponente alla uniformità e celerità dei rapporti contrattuali, bensì per avvantaggiare la sua posizione contrattuale, approfittando della impossibilità per l'aderente di rifiutare[29]. L'ulteriore manifestazione dell'abuso di dipendenza economica assume le forme dell'esercizio illegittimo del potere di autonomia contrattuale d'impresa, inteso, questa volta, nella sua accezione di libertà di contrarre. Infatti, il legislatore chiarisce che l'abuso può consistere anche nel rifiuto di vendere o di comprare (comma 1) o nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto (comma 2).

Quest'ultimo comportamento si presta ad una duplice lettura: una economico-commerciale, l'altra contrattuale in senso stretto. Nel primo caso, l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali può essere appunto letta come "rifiuto di contrarre", vale a dire, come rifiuto di voler ad esempio rinnovare un contratto a tempo determinato o di voler comunque proseguire nei rapporti commerciali consolidati che hanno ingenerato nell'aderente un affidamento sulla continuazione del rapporto e il cui diniego

[29] Il secondo comma può lasciar intendere che l'imposizione di condizioni gravose sia una condotta ulteriore, ugualmente reprensibile. In realtà essa è meramente esemplificativa del significato di squilibrio. Cfr. sul punto anche P. NEBBIA, *op. cit.,* 755, secondo cui il riferimento alle condizioni ingiustificatamente gravose è ridondante perché il concetto è già compreso in quello di squilibrio.

potrebbe pesare sulle sorti dell'attività economica dell'impresa che subirebbe un pesante arresto[30].

Quindi, l'interruzione arbitraria è anche rifiuto di proseguire e/o di rinnovare il rapporto contrattuale. E ciò che rende illegittimo, e quindi abusivo, detto rifiuto è la circostanza che l'autonomia contrattuale è esercitata (nell'esclusivo interesse del titolare) senza tenere in debito conto la difficoltà per la controparte di trovare alternative contrattuali ugualmente soddisfacenti in tempi brevi, finendo con l'essere penalizzata da una condizione di superiore forza economica.

Sicché, tanto il divieto di interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto, quanto il divieto del rifiuto di comprare costituirebbero il fondamento di un generale obbligo a contrarre[31] nell'interesse dell'impresa in condizione di dipendenza economica. Nella seconda accezione più strettamente contrattuale, l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto è chiaramente evocativa di una clausola contrattuale attributiva di un recesso ad nutum al predisponente, in danno dell'aderente.

In ogni caso, la sanzione è la nullità del patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica, rendendo irrilevante il consenso dell'aderente all'accettazione della clausola e quindi la sottoscrizione ex art. 1341, comma 2, c.c. La lotta contro le forme di abuso di autonomia contrattuale d'impresa avviene, nell'art. 9 l. n. 192/1998, con un'intensità decisamente superiore rispetto a quella del codice civile, sebbene con strumenti meno incisivi di quelli garantiti al consumatore. Infatti, non ha la medesima forza preventiva scaturente dal sistema di rimedi degli artt. 33-38 cod. cons., ma sanziona la violazione in maniera certamente più severa della disciplina di diritto comune, tramite la nullità del patto o della clausola, a prescindere dalla specifica sottoscrizione.

Quindi, si supera in tal modo non solo il formalismo della accettazione scritta della clausola, ma anche il limite di tassatività tipico delle clausole vessatorie.

Pertanto la nullità, sui cui caratteri è opportuno riflettere[32], sebbene abbia principalmente funzione rimediale, certamente assume un valore deterrente e dissuasivo, rendendo evidenti le conseguenze sanzionatorie dell'abuso del potere contrattuale d'impresa.

6. Il divieto di abuso di dipendenza economica riguarda, dunque, tutti i contratti asimmetrici tra imprese. Infatti, ciò è vieppiù confermato proprio dall'individuazione dell'ambito di applicazione soggettivo del divieto.

Come accennato, esso si estende ai contratti caratterizzati dalla qualifica delle parti contraenti come imprenditori.

L'omesso riferimento nella norma al rapporto di subfornitura, che invece è richiamato espressamente in altre parti della legge, favorisce interpretazioni estensive,

[30] Perché si possa configurare l'abuso è necessario che l'impresa che subisce il rifiuto o l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali non possa trovare agevolmente alternative soddisfacenti, incorrendo così nel rischio di una penalizzante paralisi della propria attività d'impresa.

[31] Cfr. anche A. FRIGNANI, *op. cit.,* 197, che ravvisa un obbligo a contrarre nel divieto del rifiuto di vendere o comprare.

[32] La mancata indicazione, da parte del legislatore, dei caratteri di siffatta nullità ha investito la dottrina del compito di individuarne la natura, con soluzioni che tendono ora a ricondurla nell'alveo delle nullità di protezione, ora nella sfera della nullità generale. Per una sintesi delle varie posizioni cfr., da ultimi, P. NEBBIA, *La subfornitura industriale,* cit., 755 ss.; L. NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore: un modello per il terzo contratto?*, in *Contratti,* 7, 2016, 719 ss.

proprio sulla base dell'argomento letterale[33]. L'art. 9 contempla tutti i rapporti contrattuali posti in essere tra un'impresa "cliente" e un'impresa "fornitrice", intendendo in questo modo fuoriuscire dal rapporto di subfornitura in senso stretto, se per impresa cliente deve intendersi quella che richiede, o meglio ha bisogno di un bene o di un servizio, e per impresa fornitrice quella che eroga la prestazione di dare o di fare[34].

Anche la giurisprudenza di legittimità adopera l'argomento esegetico per affermare che "l'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine cliente che non è presente altrove nel testo della l. n. 192 del 1998"[35].

Si tratta dunque di un principio ormai enunciato, pacificamente accolto anche dalle successive pronunce di merito[36], le quali espressamente evidenziano che il divieto di abuso di dipendenza economica, pur nascendo nello specifico ambito contrattuale della subfornitura, costituisce una manifestazione di un principio ed assurge a clausola generale, avente la funzione di realizzare l'equilibrio dell'interno sistema dei rapporti di mercato e dei rapporti contrattuali d'impresa.

Ulteriore argomento è quello deducibile dall'analisi svolta nel paragrafo precedente, dove si è posto in evidenza che il rapporto contrattuale non è solo quello di subfornitura, ma è riferito ad ogni relazione commerciale - in cui siano individuabili un'impresa cliente e una fornitrice, nelle accezioni innanzi descritte - caratterizzata da una condizione di debolezza contrattuale, o meglio di dipendenza economica.

Pertanto, il giudice potrà verificare la ricorrenza dei presupposti soggetti ed oggettivi del divieto, al fine di applicare la relativa disciplina garantista a tutte le ipotesi ad

---

[33] Decisamente prevalente è in dottrina l'idea che l'art. 9 sia una norma avente carattere generale, destinata ad operare oltre i limiti della subfornitura. Trattasi di clausola generale di abuso di potere contrattuale nelle relazioni negoziali fra imprese. Così, tra gli altri: R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?,* in *Riv, dir. priv*., 1998; A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/98, cit., 189*; G. OPPO, *Principi,* in *Trattato di Diritto Commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2001, 72; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?,* in *Riv. dir. civ.,* 2005, I, 663; P. NEBBIA, *La subfornitura industriale*, cit., 755; A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali, in La subfornitura nelle attività produttive a cura di Cuffaro,* Napoli, 1998, 297; F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999. Seppur considerata come clausola generale, la disposizione viene però limitata, da alcuni autori, ai rapporti verticali tra imprese con funzione produttiva o distributiva e non anche a quelli orizzontali. Tra questi, si vedano: G. IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive,* in *Contratti*, 1998, 411 ss.; G. SBISÀ, *Controllo contrattuale esterno, direzione unitaria e abuso di dipendenza economica,* in *Contr. impr*., 4-5, 2015, 820.

[34] Pertanto, le espressioni sono in grado di ricomprendere non solo i contratti di scambio, ma anche quelli di servizi, vale a dire, tutti i contratti commerciali caratterizzati dalla qualifica delle parti contraenti come imprenditori.

[35] Testualmente Cass., sez. un., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Giust. civ.,* 2013, 3-4, I, 739; *Giur. it.,* 10, 2012, 2054. L'intervento pone fine al contrasto radicatosi tra i giudici di merito divisi tra interpretazioni estensive e restrittive.

[36] App. Milano 15 luglio 2015, in *Giur. it*., 12, 2015. In un certo senso conforme anche Cass. 23 luglio 2014, n. 16787, in www.iusexplorer.it, che ritiene correttamente applicata l'intera legge n. 192/1998 ad un contratto di concessione di vendita. Cfr. infra in nota 39.

essa riconducibili. Constatata la qualifica soggettiva dei contraenti come imprenditori, e acclarata la natura contrattuale del rapporto, potrà verificare la sussistenza dei due elementi costitutivi dell'abuso di dipendenza economica: l'eccessivo squilibrio, dovuto alla presenza di condizioni contrattuali effettivamente gravose o discriminatorie, e l'impossibilità per la parte che subisce l'abuso di sottrarsi al regolamento sperequato, per l'assenza di alternative soddisfacenti sul mercato. L'accertamento dell'iniquità della clausola è affidato ad un criterio meramente oggettivo, che prescinde dalla buona fede del predisponente, essendo necessario solo che si determini l'eccessiva sproporzione tra i diritti e gli obblighi reciproci, riferita dunque all'assetto normativo delle posizioni contrattuali e non già all'equivalenza di valore economico delle prestazioni[37].

La disciplina consumeristica e quella relativa ai rapporti di subfornitura tutelano, dunque, l'equilibrio normativo nel contratto, per la garanzia di un assetto bilanciato dal punto di vista degli obblighi e diritti reciproci e sanzionano con la nullità l'impiego di clausole idonee ad alterare lo schema negoziale, nel senso della repressione dell'abuso del potere di autonomia contrattuale d'impresa nella contrattazione asimmetrica, a prescindere dalla specifica sottoscrizione.

Il consumatore, contraente debole istituzionale, ha diritto ad un contratto equo e bilanciato; pertanto l'approfittamento del professionista è in re ipsa, cioè discende dalla sua evidente posizione di supremazia: la tutela sarà automaticamente accordata per la semplice ricorrenza dei requisiti soggettivi. Nell'ambito della contrattazione tra imprese, invece, per applicare la disciplina garantista occorrerà accertare la condizione di debolezza contrattuale, nei tratti innanzi descritti.

Dall'analisi fin qui condotta emerge chiaramente che il legislatore vuole contrastare l'esercizio abusivo del potere di autonomia contrattuale d'impresa, sebbene con intensità diversa, a seconda del tipo di contrattazione e, prima ancora che nella legge speciale, nel codice civile. Al fine di evitare che la presenza di discipline di settore possa tradursi in un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla regola del codice civile, favorendo forme di discriminazione in evidente spregio del principio costituzionale di uguaglianza, deve dedursi che l'area dei contratti del consumatore è garantita dagli artt. 33-38 del codice del consumo, mentre quella dei contratti tra imprese è tutelata dal principio generale di cui all'art. 9, nelle modalità ampiamente analizzate.

Non sembra azzardato, infatti, affermare che nell'ambito della "contrattazione asimmetrica" (o diseguale) tra imprese vige il divieto dell'abuso di autonomia contrattuale d'impresa[38], di cui all'art. 9 l. 192/1998, ogni qual volta il potere di predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale venga esercitato non per soddisfare le esigenze reali dell'impresa predisponente, ma solo per avvantaggiare la sua posizione contrattuale, approfittando dello stato di dipendenza economica in cui si trova l'aderente.

E la sanzione per l'esercizio illegittimo del potere normativo d'impresa è la nullità della clausola pur sottoscritta dall'aderente, o comunque del patto, che realizza l'abuso nei termini innanzi descritti. Se poi, il caso in esame integra la fattispecie disci-

[37] A. FRIGNANI, *op. cit.*, 196.

[38] Già qualche anno fa F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?,* in *Riv. dir. civ.,* 2005, I, 667, suggeriva di superare l'apparente contraddizione tra i concetti di abuso e di autonomia negoziale, in favore della individuazione di una regola volta a reprimere i comportamenti abusivi nell'esercizio dell'autonomia privata, con riferimento ai rapporti contrattuali tra imprese.

plinata dalla legge 192/1998, nel rispetto dei suoi elementi costitutivi, allora sarà possibile un'applicazione analogica dell'intera disciplina garantista[39].

7. Orbene, a questo punto, non resta che dedicare qualche riflessione alla teoria giurisprudenziale dell'esercizio abusivo del diritto di recesso[40], connotata da motivazioni tanto originali quanto opinabili che hanno favorito un acceso dibattito tra gli studiosi[41], molti dei quali fortemente scettici sulla configurabilità della fattispecie e sulla sua corretta ricostruzione .

Al di là delle critiche più o meno aspre mosse dalla dottrina alle varie argomentazioni[42], a noi sembra di poter confermare, alla luce dell'indagine appena svolta, che in realtà siffatta ricostruzione si presenti piuttosto come un duplicato imperfetto di un fe-

[39] Cfr. sul punto la decisione di Cass. 23 luglio 2014, n. 16787, cit., secondo cui il contratto di concessione di vendita rientra nell'ambito dei rapporti di subfornitura in quanto il concessionario si impegna a fornire alla casa madre servizi di distribuzione destinati ad essere utilizzati all'interno dell'attività economica del committente. Al rapporto così qualificato si applica l'intera disciplina della legge 192/1998 e in particolare l'art. 6, comma 2, che dispone la nullità del patto che concede ad una delle parti la facoltà di recesso senza preavviso.

[40] Etichettata come "caso Renault" da F. ADDIS, Sull'excursus *giurisprudenziale del "caso Renault",* in *Obbligazioni e contratti,* 4, 2012, 245 ss. L'autore critica aspramente la decisione, evidenziando che i richiami giurisprudenziali posti a sostegno della motivazione risultano inopportuni, non pertinenti con la materia trattata. Quasi come se i giudici li utilizzassero per attribuire ad indagini incomplete un crisma di autorevolezza che però è facilmente smascherabile da una lettura integrale delle decisioni precedenti. E il tutto appare come un'alterazione delle sentenze evocate che in realtà vogliono esprimere altro.

[41]Il dibattito ha coinvolto, tra gli altri: F. ADDIS, *Sull'excursus giurisprudenziale del "caso Renault",* cit.; E. BARCELLONA, Recesso *"ad nutum" fra principio di buona fede e abuso del diritto: "solidarietà sociale" o inderogabilità del "mercato"? (Note a proposito di Cass. n. 20106/2009),* in *Riv. dir. comm*., 2, 2011, pag. 165; F. DI MARZIO, *Divieto d'abuso e autonomia contrattuale d'impresa,* cit.; P. RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto,* in *Giur. it.,* 2011, 795 ss.; G. D'AMICO, Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto, in Contratti, 1, 2010, 11 ss.; A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione,* in *Resp. civ. prev*., 2, 2010, 354 ss.; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106), in Riv. dir. civ.,* 2010, 2, 147 ss.; A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa,* in *Foro it.,* 2010, 95 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2010, II, 139 ss.; G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter,* in *Obbligazioni e contratti,* 3, 2010; F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2010, II, 148 ss.; F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur*., 2009.

[42] Tra i tanti, cfr. M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto,* cit., il quale precisa che l'esercizio abusivo di un diritto è lesivo di un altro diritto e implica il risarcimento del danno, ma è la violazione della buona fede a generare l'abuso: "l'abuso non rivela niente ma attende di essere rivelato". "L'abuso finisce allora per risolversi nella qualifica dell'illiceità dell'atto di esercizio che implicherà l'effetto risarcitorio". Più severo è il giudizio di A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., 297 ss, spec. 322 ss. secondo cui l'abuso del diritto è un argomento utilizzato dai giudici per correggere la legge, per l'insufficienza dello "stretto diritto" a garantire la giustizia: le argomentazioni esposte sono più "l'intrusione di un'ideologia di equità con cui, grazie all'enfasi dell'abuso, si integra correttivamente la legge". In realtà, precisa ancora l'autore, il ricorso all'argomento dell'abuso è corretto quando nella disposizione c'è una lacuna assiologica, ma non per correggere la legge. Sul punto ampiamente anche G. VETTORI, *L'abuso del diritto,* cit., 168 ss., il quale evidenzia che la repressione dell'abuso è affidata ora alla teoria dell'illecito, ora ai rimedi contrattuali, ora alla nullità. Si tratta di regole che non possono essere unificate. L'abuso di un diritto o di una libertà è, infatti, represso con rimedi a volta a volta esperibili nella fattispecie concreta e nell'ambito contrattuale i rimedi non sono tutti uguali. In detta sede l'abuso si manifesta come contrarietà a buona fede, con la conseguenza che non solo si accerteranno una responsabilità e un risarcimento, ma potrà anche essere valutata l'inesigibilità degli effetti derivanti da una clausola la cui esecuzione sia contraria all'art. 1375 c.c.

nomeno già regolato o almeno sanzionabile come forma di abuso del potere di autonomia contrattuale d'impresa[43], nella contrattazione asimmetrica tra imprese. L'ambito in cui l'idea è fiorita è quello della contrattazione tra imprese, e più precisamente, del contratto di concessione di vendita in cui il contrente forte esercita un diritto di recesso arbitrario, oggetto di specifica sottoscrizione ex art. 1341, comma 2, c.c.[44], ma considerato illegittimo dalla parte receduta perché lesivo del suo interesse contrattuale.

Il percorso argomentativo su cui si fonda la soluzione del divieto di abuso dell'esercizio del diritto, non sempre lineare e logico-conseguenziale, sì da lasciar trasparire incongruenze più o meno accentuate[45], vede il punto di forza nel criterio della buona fede interpretativa ex art. 1366 c.c., richiamata quale strumento per il giudice finalizzato al controllo, anche in senso modificativo o integrativo, dello statuto negoziale, nell'ottica dell'equilibrio fra i detti interessi. Si evidenzia che l'esercizio del potere contrattuale spettante all'imprenditore deve essere posto nel rispetto di determinati canoni generali, quali appunto quello della buona fede oggettiva, della lealtà e della correttezza, principi alla luce dei quali devono essere interpretati gli atti di autonomia contrattuale, per evitare l'abuso nell'esercizio del proprio diritto. Il controllo e l'interpretazione dell'atto di autonomia devono essere condotti tenendo presenti le posizioni contrattuali delle parti, per evitare che eventuali posizioni di supremazia o di dipendenza economica siano forieri di comportamenti abusivi. Addirittura, in ipotesi di provata disparità di forze tra i contraenti, la verifica del carattere abusivo dell'esercizio del diritto (di recesso) deve essere più ampia e rigorosa e può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere[46]. In sostanza: il giudice non può sindacare le scelte economiche dell'imprenditore, ma può valutare gli atti di autonomia privata nella

[43] Cfr. anche R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di diritto c*ivile diretto da Sacco, Torino, 2001, 373. L'autore, già prima dell'esplosione giurisprudenziale della teoria, evidenziava che la dottrina dell'abuso è superflua perché non arricchisce il sistema del giurista, ma lo rende più confuso.

[44] Leggendo la motivazione si ha la evidente impressione del desiderio di risolvere una questione di giustizia sostanziale, apparentemente non disciplinata dal diritto positivo. L'interrogativo che attanaglia i giudici è: quid iuris se una parte esercita un diritto che le è stato attribuito nel rispetto del formalismo di una previsione espressa, quella dell'art. 1341, comma 2, c.c., ma che si rivela pregiudizievole per il contraente che lo subisce? Considerato soprattutto che si è nell'ambito di una contrattazione asimmetrica, cioè caratterizzata dalla disparità di potere contrattuale per il confezionamento del regolamento e quindi anche per la predisposizione di clausole generali e vessatorie?

[45] Non v'è dubbio che la teoria presti il fianco a svariate critiche a causa delle argomentazioni che lasciano insoddisfatti anche coloro che, seppur non condividendo il percorso logico argomentativo, apprezzano comunque il risultato finale. Confronta, tra gli altri, G. D'AMICO, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, cit., che condivide l'esito della decisione, ma non la strada percorsa dai giudici, essendo preferibile, ad avviso dell'autore, verificare la coerenza del comportamento. Se il concedente avesse giustificato, con il proprio comportamento, l'affidamento nella prosecuzione del rapporto, i concessionari avrebbero potuto legittimamente contestare il recesso, in quanto il concedente *venit contra factum proprium*.

[46] Inoltre: l'atto di autonomia privata è sempre soggetto al controllo giurisdizionale finalizzato al contemperamento degli opposti interessi delle parti contrattuali attraverso un giudizio, di natura giuridica e non politica, di ragionevolezza in ambito contrattuale. Tale giudizio è ammesso anche e soprattutto quando l'atto di autonomia in questione consista nell'esercizio di un diritto di recesso ad nutum; in tal caso il giudice dovrà valutare se siffatto diritto previsto dalle condizioni contrattuali sia stato attuato con modalità e per perseguire fini diversi e ulteriori rispetto a quelli consentiti. L'indicato giudizio deve essere più ampio e rigoroso là dove vi sia una provata disparità di forze fra i contraenti, quindi anche nell'ambito della contrattazione tra imprese. Con la conseguenza che va considerato abusivo l'esercizio ad libitum, e cioè senza proporzionalità dei mezzi usati rispetto agli interessi contrapposti, che si esprima nella procedimentalizzazione attraverso trattative o riconoscimento di indennità al concessionario, del diritto di recesso ad nutum dal contratto di concessione di vendita.

contrattazione d'impresa che coinvolgono gli interessi anche contrastanti delle parti contrattuali; per cui, se il rapporto evolve in chiave patologica, è possibile riportare l'equilibrio fra gli interessi contrapposti, interpretando il contratto secondo buona fede ex art. 1366 c.c.

Nel caso di un diritto di recesso, il giudice può verificare se il suo esercizio sia stato legittimo, cioè per perseguire i fini che gli sono propri[47]. Il ragionamento non convince del tutto: sebbene si faccia riferimento a condizioni di comprovata disparità contrattuale e a situazioni di dipendenza economica, il discorso rimane ancorato sul terreno del "corretto esercizio di un diritto contrattuale" che il giudice deve valutare in virtù del potere di interpretazione del contratto secondo buona fede. Si sceglie in tal modo un terreno particolarmente franoso perché l'impossibilità di definire in maniera chiara gli elementi costitutivi della fattispecie lascia ampi margini di discrezionalità, dominati dall'incertezza giuridica.

È pur vero che il richiamo all'interpretazione del contratto secondo buona fede non è completamente privo di antecedenti culturali[48], ma altrettanto vero è che nell'ambito della contrattazione per adesione l'evoluzione legislativa offre ormai principi guida maggiormente soddisfacenti. Invero, già in passato, sono state segnalate l'inadeguatezza dell'art. 1341 c.c. a tutelare il contraente debole e l'esigenza di individuare una forma di controllo dello strapotere contrattuale dell'imprenditore. Si è, così, fatto ricorso all'art. 1366 c.c.[49]per ammettere che il potere normativo d'impresa sarebbe di per sé in contrasto con l'art. 41, comma 2, Cost. e quindi ingiustificato, se non assoggettato ad un controllo giudiziale[50].

Tale criterio deve certamente guidare nella ricerca dei principi e delle regole da applicare al caso di specie: cosicché la norma consente di individuare l'interesse preminente dei contraenti e di interpretare il contratto alla luce dei principi generali dell'ordinamento[51]. Però l'idea della buona fede correttiva, che si pone alla base della verifica del corretto esercizio del diritto di recesso, se in passato avrebbe potuto avere una seppur minima capacità persuasiva, legata prevalentemente a esigenze di giustizia sostanziale, oggi finisce con l'essere svuotata di attendibilità dalle normative di settore,

[47] E se viene riscontrato l'esercizio illegittimo del diritto di recesso, alla parte che subisce l'interruzione arbitraria del rapporto contrattuale spetta il risarcimento del danno. Così Cass 18 settembre 2009, n. 20106, cit. A tal proposito, la giurisprudenza successiva, pur aderendo al precedente richiamato, ha però ristretto l'ambito di operatività dell'abuso del diritto, perché ha stabilito che il danno va provato, in quanto non è sufficiente il mero esercizio arbitrario del diritto di scioglimento unilaterale. Infatti, Cass. 8 gennaio 2013, n. 227, ha ritenuto che l'esercizio di un diritto di recesso senza preavviso, nonostante l'espressa previsione del termine di comunicazione, non è abusivo se non viene fornita la prova del danno. Si chiarisce che, nonostante la ratio del preavviso sia quella di consentire alla parte receduta di provvedere alla riorganizzazione della propria attività imprenditoriale, dalla improvvisa cessazione dell'attività può derivare un pregiudizio che però va dimostrato, in quanto l'inosservanza del termine pattuito non dà luogo ad astratta potenzialità dannosa.

[48] Così C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.,* 145 ss., spec. 146: "il procedimento ermeneutico […] resta strutturalmente incompatibile, ed ontologicamente inidoneo, ad espletare un'ipotetica funzione di controllo circa i contenuti dell'atto di autonomia privata ovvero di riequilibrio delle posizioni dei contraenti"..

[49] L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, artt. 13621371, Milano, 1991, 239 ss.

[50] Controllo giudiziale della congruità o meno del regolamento contrattuale unilateralmente predisposto con il principio di buona fede, per la verifica dell'esistenza di un interesse meritevole di tutela, da eseguire a livello ermeneutico e non in funzione integrativa dell'atto. Così L. BIGLIAZZI GERI, op. cit., 244, in nota 93.

[51] V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, 293 ss. 52

in precedenza analizzate, che sanzionano l'attribuzione di un recesso arbitrario ad una sola parte come forma di abuso del potere di autonomia contrattuale nella contrattazione asimmetrica fra imprese.

E i limiti della teoria posta in discussione sono ben visibili. Il primo è certamente quello di affidare al giudice un potere discrezionale troppo ampio, concedendogli margini di decisione in ordine al "se" ravvisare nel caso di specie esigenze di protezione del contraente debole e quindi di apprestare la relativa tutela.

Una discrezionalità eccessiva che apre la strada ad uno scenario frastagliato e disomogeneo: non è dato individuare in maniera puntuale e rigorosa gli elementi costitutivi della fattispecie e i suoi effetti. L'abuso contrattuale ricomprende ipotesi troppo variegate che concorrono ad una frantumazione della disciplina, verso la tendenza a favorire la giustizia del singolo caso, che non assicura la certezza del diritto.

Di preciso, cosa deve verificare il giudice? Se un recesso è stato esercitato per danneggiare la controparte o per la finalità sua propria? E quali sono gli elementi di cui dispone per condurre tale tipo di indagine? Ancora, sulla base di che cosa ravviserebbe una condizione di debolezza contrattuale, meritevole di tutela? Gli interrogativi sono tanti e rischiano di rimanere inevasi. Il recesso a una sola parte e per di più arbitrario (cioè immotivato, e/o senza preavviso, e/o gratuito) è inequivocabilmente considerato dal legislatore come potenziale espressione dell'abuso del potere di predisposizione unilaterale del contenuto negoziale, come si evince in particolare dagli artt. 1341, comma 2, c.c.; 33 lett. g), h), cod. cons.; 9, comma 3, l. 192/1998. E questo perché un recesso siffatto non assolve ad alcuna delle funzioni[52] che sono proprie dell'istituto, ma segna il potere di consentire al suo titolare una illegittima sottrazione al vincolo contrattuale, in disprezzo dell'art. 1372 c.c. e delle norme che regolano i recessi legali secondo i principi di correttezza e buona fede.

In definitiva, la teoria dell'esercizio abusivo del diritto di recesso ha il solo pregio di evidenziare la sensibilità del giudice nei confronti delle esigenze di giustizia sostanziale e di protezione del contraente debole, al di fuori dello stretto ambito di applicazione delle discipline garantiste.

Di fatto essa conferma il grande limite dell'art. 1341 c.c. e suggerisce la sua opportuna disapplicazione ai rapporti contrattuali asimmetrici.

---

[52] I recessi legali sono, infatti, costruiti in modo da garantire l'equilibrio contrattuale, nel rispetto degli interessi reciproci dei contraenti, e devono essere assunti come paradigma di un recesso correttamente attribuito, e di conseguenza lealmente esercitato, soprattutto nell'ambito della contrattazione asimmetrica. Il recesso di pentimento è tendenzialmente oneroso (ne sono esempi gli artt. 1671, 2227, 2237, 1685, 1723, 1725, 1734, 1738, 1958 c.c.); quello determinativo nei contratti a tempo indeterminato spetta ad entrambi i contraenti e deve essere preferibilmente con preavviso (artt. 1616, 1750, 1845, 1833, 1569, 2118 c.c.), a meno che non via siano ragioni concrete – come ad esempio la gratuità del rapporto - per escludere questa forma di garanzia (artt. 1771 e 1810 c.c.); quello impugnativo non può prescindere da una giusta causa o un giusto motivo (artt. 1612, 2237, 2119, 2558 c.c.). Si tratta di regole che nell'ambito della contrattazione asimmetrica non possono essere derogate se non in melius, proprio perché è evidente che una loro modifica in senso più favorevole per il predisponente non è frutto dell'esercizio dell'autonomia contrattuale di entrambi i contraenti, ma della posizione di supremazia di uno solo dei contraenti. Nell'ambito della contrattazione simmetrica il recesso potrà subire notevoli flessioni legate proprio al bilanciamento dei rispettivi poteri contrattuali. Sulla tripartizione delle funzioni del recesso, ormai pacificamente condivisa in dottrina, seppur con sfumature diverse, si vedano, per tutti, G. GABRIELLI e F. PADOVINI, *Recesso (diritto privato)*, *in Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1988, 27 ss.

Preso atto dell'inadeguatezza dell'art. 1341 c.c. a reprimere efficacemente l'abuso del potere di predisposizione unilaterale del contratto, all'interno dei contratti asimmetrici, l'interprete altro non può fare che disapplicare la disposizione ai casi di comprovata disparità di forza economica e contrattuale e circoscriverla nei limiti della contrattazione tra eguali, cioè tra soggetti dotati del medesimo potere economico e giuridico, per i quali può dirsi sufficiente il sistema di tutela formale delineato dal legislatore del '42.

Le regole e i principi che, nell'ambito della contrattazione asimmetrica tra imprese, contrastano in maniera più incisiva le forme di esercizio illegittimo del potere normativo d'impresa sono senza dubbio più idonei a sanzionare l'attribuzione arbitraria del diritto di recesso, come conseguenza dell'eccesso di potere di predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale.

COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

CLEANSING EFFECT E STANDARD DI JUDICIAL REVIEW NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA STATUNITENSE

PIERLUIGI MATERA, FERRUCCIO M. SBARBARO *

SOMMARIO: 1. Introduzione e inquadramento della questione. – 2. Judicial review standard, onere probatorio e scelte di policy. – 3. (Segue): in particolare, Revlon e l'entire fairness standard. – 4. (Segue): i cleansing device nella giurisprudenza precedente. – 5. I nuovi orientamenti: Corwin v. KKR Financial Holdings e i casi Revlon. – 6. (Segue): Kahn v. M&F Worldwide e le operazioni con controlling stockholder. – 7. Prospettive e criticità. – 8. Un raffronto tra le due sponde dell'Atlantico: lo scheme of arrangement di cui alla Part 26 dello UK Companies Act 2006. – 9. Conclusioni.

1. *Power to the people and relief to directors*: è l'icastica e provocatoria formula di apertura che si apprezza in una breve nota[1] di commento ai recenti orientamenti della giurisprudenza del Delaware in materia di *cleansing effect* e *stockholder ratification*[2].

Sebbene la necessaria sinteticità sacrifichi naturalmente la complessità delle implicazioni sottese, l'espressione si disvela non priva di un qualche fondamento e segnala il minimo comune denominatore di due nuove linee di decisioni. Essa si richiama, infatti, agli effetti in tema di *judicial review standard* che derivano dai nuovi principi affermati in Corwin v. KKR Financial Holdings[3] e in Kahn v. M&F Worldwide[4] rispettivamente nei contesti c.d. Revlon e in quelli invece con presenza di *controlling stockholder*; e segnatamente all'applicabilità della *business judgment rule* e delle sue *presumption* qualora l'operazione sia approvata da una "*fully informed*, *uncoerced majority of disinterested stockholders*", nonché sia, per fattispecie con *controlling stockholder*, subordinata all'approvazione,

* L'opera, sebbene unitariamente concepita, è da attribuirsi come segue: a Pierluigi Matera i parr. 1, 2, 3, 6, 8 e 9; a Ferruccio M. Sbarbaro i parr. 4, 5 e 7.

[1] C. O'BRIEN, A. KURMANOVA, *Power to the People (and Relief to Directors): New Clarity on the Cleansing Effect of Stockholder Ratification*, in *The M&A Law.*, 2017, vol. 21, n. 2, p. 1.

[2] L'espressione "*stockholder ratification*" ha conosciuto un uso piuttosto variegato nella giurisprudenza statunitense. Tradizionalmente – e così nella indagine che segue –, con siffatta terminologia si fa riferimento a quelle situazioni nelle quali agli azionisti viene richiesta l'approvazione di una decisione del *board of directors* che non necessiterebbe di tale approvazione per la propria validità ed efficacia. Cfr. J. T. LASTER, *The Effect of Stockholder Approval on Enhanced Scrutiny,* in *WM. Mitchell Law Rev*, 2013, vol. 40 p. 1443.

[3] Corwin v. KKR Financial Holdings. LLC, 125 A.3d 304 (Del. 2015), confermando In re KKR Financial Holdings LLC Shareholder Litigation, 101 A.3d 980, (Del. Ch. 2014).

[4] Kahn v. M&F Worldwide Corp., 88 A.3d 635 (Del. 2014).

in aggiunta, di uno *special committee* indipendente, con pieni poteri e che abbia assolto al proprio *duty of care in negotiating a fair price*.

Per certo, il mutamento nelle modalità dell'eventuale sindacato giudiziale non è conseguenza di poco conto, dacché l'accesso a uno *standard* di *judicial review* notoriamente ben più *director-friendly* risulta sovente determinante per le sorti dell'azione[5]. Ne discende chiaramente come le corti, nell'attribuire un nuovo peso – o meglio effetto, c.d. *cleansing* – al consenso assembleare, eventualmente preceduto e corredato dall'opera del predetto comitato, abbiano consegnato agli amministratori uno strumento, *rectius* una procedura – ora meno gravosa (Corwin) ora più gravosa (M&F Worldwide) – di notevole rilevanza nell'ambito di riferimento giacché, ove adoperata correttamente, condurrà con altissime probabilità a un veloce e precoce *dismissal* del *case* o ancor prima scoraggerà iniziative di sorta.

Non è però scontato che ciò comporti anche un maggior potere o una miglior tutela per gli azionisti di minoranza. E l'indagine si profila complessa.

Di là da formule più o meno suggestive e superando entusiasmi e critiche che pure le evoluzioni giurisprudenziali in parola hanno suscitato[6], infatti, i citati arresti non solo vanno a collocarsi a giusto titolo nel novero dei "*leading cases*" chiamati a regolare un tema – quello degli *standard* di *review* appunto – tanto delicato quanto determinante per gli esiti dell'azione[7], ma sono destinati a modificare l'assetto generale – e la *sedes* – dei controlli stessi e più esattamente l'equilibrio tra essi – e ciò quantomeno nella misura in cui le corti non riterranno di riaprire al sindacato giudiziale facendo ad esempio

[5] Vasta è la letteratura in materia. Per i profili qui in interesse, v., *ex plurimis*, D. WILSON, *Desirable Resistance:* Kahn v. M&F Worldwide *and the Fight for the Business Judgment Rule in Going-Private Mergers*, in *U. Penn. J. Bus. Law*, 2015, vol. 17, n. 2, p. 643 ss.; e in senso critico, L P.Q. JOHNSON, *Unsettledness in Delaware Corporate Law: Business Judgment Rule, Corporate Purpose*, *Del. J. Corp. Law*, 2013, vol. 38, p. 405 ss. Ragionata disamina degli *standard* in questione e della loro gradazione in relazione alla posizione degli amministratori prima dei nuovi orientamenti in commento in E. W. HECKER, Jr., *Fiduciary Duties in Business Entities Revisited*, in *U. Kan. Law Rev.*, 2013, vol. 61, p. 923 ss. V., altresì, le sempre valide riflessioni di W. T. ALLEN, J. B. JACOBS, L. E. STRINE, JR., *Function Over Form: A Reassessment of Standard of Review in Delaware Corporation Law*, in *Bus. Law.*, 2001, vol. 56, p. 1287 ss. e in *Del. J. Corp. Law*, 2001, vol. 26, p. 859 ss.; L. A. STOUT, *In Praise of Procedure: An Economic and Behavioral Defense of* Smith v. Van Gorkom *and the Business Judgment Rule*, in *Nw. U. Law Rev.*, 2002, vol. 96, p. 675 ss.; A. S. Gold, *A Decision Theory Approach to the Business Judgment Rule: Reflections on Disney, Good Faith, and Judicial Uncertainty*, in *Md. Law Rev.*, 2007, vol. 66, p. 398 ss.

[6] Già numerosi sono i commenti in materia. Oltre a quanto citato *infra*, v. le annotazioni sulle graduali evoluzioni del *cleansing effect* in R. S. REDER, *Delaware Chancery Court Extends "Cleansing Effect" of Stockholder Approval Under KKR to Two-Step Acquisition Structure*, in *Vand. Law Rev. En Banc*, 2016, vol. 69, p. 227 ss.; nonché R. S. REDER, T. M. BULBA, *Delaware Courts Diverge on Whether "Cleansing Effect" of Corwin Applies to Duty of Loyalty Claims*, in *Vand. Law Rev. En Banc*, 2017, vol. 70, p. 1 ss. nonché *ivi* ID., *Delaware Courts Confront on Whether "Cleansing Effect" of Corwin Applies to Duty of Loyalty Claims*, p. 35 ss.

[7] Per D. WILSON, *op. cit.*, p. 644, solo il raffronto con la giurisprudenza consolidatasi lungo diversi decenni può consentire "*to appreciate the magnitude of this event* ". Ma nel medesimo senso anche gli altri commenti. V. altresì i dati offerti in F. RESTREPO, G. SUBRAMANIAN, *The Effect of Delaware Doctrine on Freezeout Structure & Outcomes: Evidence on the Unified Approach*, in *Harv. Bus. Law Rev.*, 2015, vol. 5, in part. p. 217 ss.

leva sull'assenza di una informazione piena, piuttosto che sulla sussistenza di una *coercion*.

E così, il significato di quanto affermato in Kahn v. M&F Worldwide come in Corwin v. KKR Financial Holdings finisce con il trascendere finanche la rimarchevole ma specifica variazione in termini di *burden of proof* e *judicial review standard* e con l'aprire a irrinunciabili valutazioni in ordine alle scelte di *policy* sottese alle soluzioni adottate o alle loro conseguenze più generali sul settore – ma soprattutto in ordine alla loro eventuale ascrivibilità nel solco di un più generale *trend* in argomento piuttosto che alla loro potenziale utilità ai fini di una circolazione del principio.

A ben vedere, superando la particolarità delle operazioni nelle quali le citate pronunce sono maturate, la decisione di collegare alla *stockholder ratification* effetti sì importanti sul piano processuale – quale l'applicabilità della *business judgment rule* e del suo regime appunto – è determinazione precipuamente calibrata, con buone probabilità lungamente meditata e che, più che nella prospettiva del potere riconosciuto agli azionisti – in questo caso di minoranza –, va analizzata in termini di contemperamento di interessi e di finalità perseguite o conseguite.

In altre parole, nessuno dei due provvedimenti può essere considerato alla stregua di un inatteso e improvviso *revirement*, dovendosi per contro rimarcare come entrambe le decisioni siano riconducibili a due direttrici che originano da una medesima ponderazione, presumibilmente elaborata lungo un preciso convincimento quantomeno con riferimento al rapporto costi/benefici degli strumenti di controllo e dell'accesso alla *litigation* più in generale.

Depongono in questo senso molteplici circostanze: le due pronunce sono praticamente coeve e sono maturate nell'ambito della medesima Corte – che, come è noto, vanta la più ampia esperienza in materia di società nel sistema statunitense e le cui innovazioni nel campo hanno attraversato sovente l'Atlantico; entrambe sono state immediatamente ribadite e convintamente seguite anche al di fuori della giurisprudenza del Delaware; un'accurata ricostruzione è in grado di far emergere una serie di decisioni per così dire preparatorie che rinviene nelle due pronunce il culmine di un percorso.

Non solo, ma è agevole rilevare già *prima facie* come le argomentazioni fornite a sostegno delle soluzioni in esame non manchino di accuratezza e non trascurino valutazioni sistematiche.

È stato osservato, in relazione a Kahn v. M&F Worldwide, come la decisione sia "*part of a broader, desirable trend of pushback against* Lynch"[8]; o come Revlon stesse esaurendo la propria spinta e segnando il passo[9]. Ma un'indagine più ampia, che componga in una corretta prospettiva Corwin e M&F Worldwide, è in grado di supportare conclusioni ben più significative. Non a caso, tra le riflessioni di quest'ultimo caso (Corwin

[8] D. WILSON, *op. cit.*, p. 646; il riferimento è a Kahn v. Lynch Communications Systems, Inc., 638 A.2d 1110 (Del. 1994), di cui più diffusamente *infra*.

[9] Cfr. L P.Q. JOHNSON, R. RICCA, *The Dwindling of* Revlon, in *Wash. & Lee Law Rev.*, 2014, n. 71 p. 167 ss.; cfr. in senso parzialmente difforme, ma prima di Corwin v. KKR Holdings, M. MANESH, *Nearing 30, is* Revlon *showing its Age?*, in *Wash. & Lee Law Rev. Online*, 2014, n. 71, p. 107 ss.

v. KKR Financial Holdings) si legge come "*when the real parties in interest – the disinterested equity owners – can easily protect themselves at the ballot box by simply voting no, the utility of a litigation-intrusive standard of review promises more costs to stockholders in the form of litigation rents and inhibitions on risk-taking than it promises in terms of benefits to them*".

Il che val quanto dire che le esigenze di tutela degli azionisti di minoranza nell'ambito in questione risultano ora recedere rispetto ai costi, anche in termini di politiche manageriali eccessivamente difensive o di eccessi nella corrispondente *litigation*, che l'applicazione di un più penetrante parametro di sindacato delle decisioni comporterebbe. Di modo che il controllo offerto dalla nuova procedura di approvazione da parte dei *disinterested stockholder* – nonché da parte dello *special committee* per l'applicabilità del nuovo *standard* di cui in M&F Worldwide – appare sufficiente nel bilanciamento di interessi anche a fronte della correlata riduzione nell'efficacia dell'eventuale *private enforcement* operato da un socio dissenziente.

Solo componendo *in unum* le due linee di casi originati dalle pronunce in questione e procedendo a una lettura in questa chiave si può tentare di scongiurare la mera annotazione, per virare verso un'indagine che aspiri a non rivelarsi riduttiva o semplicistica. In questa prospettiva, possono evitarsi, per un verso, sottovalutazioni che colgano unicamente gli aspetti particolari – come la pur opportuna eliminazione di talune sperequazioni – e, per altro verso, sopravvalutazioni che proclamino incautamente l'abbandono da parte delle corti di ogni *scrutiny* per le fattispecie in parola – o trascurando la presenza di "valvole" nella procedura di approvazione che possono riaprire al sindacato o anche solo estendendo, oltre quanto deciso dai giudici, i confini soprattutto di M&F Worldwide[10].

A tal fine, però, appare necessario dapprima inquadrare i nuovi orientamenti in esame nel dibattito sulla funzione che nell'ordinamento americano assolvono i diversi *standard* di *judicial review*; punto dal quale è dunque opportuno prendere le mosse, per poi procedere per ordine nella verifica delle intuizioni sopra accennate.

2. Al pari di quanto accennato, gli effetti sull'assetto generale degli strumenti di controllo della *corporate governance* che i principi affermati in Corwin v. KKR Financial Holdings e in Kahn v. M&F Worldwide possono sortire – e invero già registrano – sono agevolmente immaginabili sol che si consideri la funzione che la *business judgment rule* assolve nel sistema statunitense; ragione per la quale, peraltro, se non precipuamente ricercati questi effetti sono quantomeno stati consapevolmente previsti. Nondimeno, affinché questa non sembri un'argomentazione *post hoc* e *propter hoc* occorre spendere qualche parola.

Come è noto, la *business judgment rule* – la regola che non è una regola, come è stata definita, in quanto "*it has no mandatory content*" e *"it involves no substantive «do' s» or «don' ts» for corporate directors or officers*" – costituisce il più celebre *standard* di *judicial review*; o

[10] Avverte del rischio I. FIEGENBAUM, *The Geography of MFW-Land*, in *Del. J. Corp. Law*, 2017, p. 11 ss., in corso di pubblicazione, disponibile in SSRN all'indirizzo: https://ssrn.com/abstract=2850900.

forse più correttamente di "*non-review*", giacché permette un limitato sindacato del merito di una *business decision*[11].

Essa rappresenta sostanzialmente "*a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company*"; i giudici presumono così che la decisione non ha integrato *fraud*, *illegality*, *ultra vires conduct* o *waste* [12]. Di modo che non sarà consentito un *second-guess* alla corte la quale, peraltro, secondo la tradizionale e condivisa opinione che ha da sempre dominato il dibattitto nordamericano sul punto, non si trova nella posizione ideale per valutare le circostanze che un *director* ha dinanzi quando deve decidere. In tal senso, la *business judgment rule* è un vero e proprio "*cardinal precept*" che restituisce processualmente la convinzione secondo cui "*directors, rather than shareholders, manage the business and affairs of the corporation*"[13].

Per superare tale presunzione, l'attore si assumerà l'onere di dimostrare che gli amministratori hanno consapevolmente violato i propri "*fiduciary duties*" di "*good faith, loyalty and due care*"[14]; e per farlo nemmeno invocare una *gross negligence* sarà sufficiente[15], se è vero che il *plaintiff* dovrà provare che il *director* o l'*officer* ha agito "*intentionally* […] *with a purpose other than that of advancing the best interests of the corporation*" o "*with the intent to violate applicable positive law*", o ancora ha omesso "*to act in the face of a known duty to act, demonstrating a conscious disregard for his duties*"[16]. In altri termini, salvo che alle decisioni degli

[11] Le sagaci espressioni sono di D. M. BRANSON, *The Rule at Isn't a Rule - The Business Judgment Rule*, in *Val. U. Law Rev.* , 2002, vol. 36, p. 631. Lo definiscono l'espressione di una "*policy of non-review*" pure W. T. ALLEN, J. B. JACOBS, L. E. STRINE, Jr., *op. cit.*, p. 870.

[12] Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984), citando altresì Kaplan v. Centex Corp., 284 A.2d 119, 124 (Del. Ch. 1971), secondo una delle più comuni descrizioni della regola.

[13] Aronson v. Lewis, cit., 811 o anche In re PSE&G Shareholder Litigation, 315 N.J. Super. 325, 718 A.2d 254, 256 (1998). In In re Cox Communications, Inc. Shareholders Litigation, 879 A.2d 604, 614 (Del. Ch. 2005) si legge che "*the central idea of Delaware's approach to corporation law is the empowerment of centralized management, in the form of boards of directors and the subordinate officers they choose, to make disinterested business decisions. The business judgment rule exemplifies and animates this idea*". V. pure Orman v. Cullman, 794 A.2d 5, 20 (Del. Ch. 2002), citato in In re KKR Financial Holdings LLC Shareholder Litigation, cit., 989. Non mancano nemmeno ordinamenti che rafforzano ulteriormente la posizione dei *directors* come collegata all'applicabilità della *business judgment rule*. A mero titolo esemplificativo, si consideri quanto accade in Virginia: v. L. V. PARKER, JR., *Virginia is for Lovers and Directors: Important Differences between Fiduciary Duties in Virginia and Delaware*, in *Wm & Mary Bus. Law Rev.*, 2001, vol. 2, p. 51 ss. Per l'ordinamento italiano cfr., da ultimo, i riferimenti giurisprudenziali in S. SCOTTI CAMUZZI, *Note sull'importazione nel diritto italiano, dal diritto statunitense, della* business judgement rule, in *Foro padano*, 2015, p. 467 ss.

[14] Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345, 361 (Del. 1993). Peraltro, rispetto alla triade *care*, *loyalty* e *good faith*, si noti come quest'ultimo sia in realtà una sottoarticolazione del *duty of loyalty*; per tutti, sul punto, in Stone v. Ritter, 911 A.2d 362, 370 (Del. 2006) si legge come "*the fiduciary duty of loyalty is not limited to cases involving a financial or other cognizable fiduciary conflict of interest. It also encompasses cases where the fiduciary fails to act in good faith*".

[15] In re Walt Disney Co. Derivative Litigation, 906 A.2d 27, 66 (Del. 2006).

[16] Id., 67-68.

amministratori non si possa attribuire realmente *any rational business purpose*, la regola offrirà un completo schermo dal sindacato giudiziale[17].

L'applicazione della *business judgment rule*, allora, con il proprio gravoso onere probatorio, è destinata a lasciare un assai scarso margine di successo per l'attore, con probabile *dismissal* anche in fase di *pleading*, privando di fatto la situazione giuridica *de qua* di un concreto *private enforcement*. Il che val quanto dire che si riduce sostanzialmente, nell'ambito del novero dei controlli sulla correlata operazione, il ruolo di quello delle corti, talvolta in favore, come nel caso in questione, di una procedimentalizzazione di quella decisione – ipotesi nella quale, poi, è siffatta procedimentalizzazione chiamata ad assicurare *ex ante*, per altro mezzo (ad esempio a mezzo di un *committee of independent directors* e degli azionisti *disinterested*) l'indispensabile controllo.

In linea teorica, quindi, la determinazione in ordine all'applicabilità o meno della regola in parola sottende valutazioni di *policy* le quali selezionino le situazioni giuridiche o da ritenersi meritevoli di particolare attenzione, *id est* di un più penetrante *judicial scrutiny* e dunque da parametrare a criteri di sindacato altri rispetto alla *business judgment rule*; o per contro da schermare contro azioni di disturbo, vessatorie o comunque non sorrette da evidenze immediate, con conseguente applicazione della *rule* in esame. Tali valutazioni devono richiamarsi necessariamente a considerazioni sistematiche, di matrice inevitabilmente pubblicistica, che tengano conto anche di fattori come il carico giudiziario o i risultati rilevati in ordine ai rimedi disponibili.

Pertanto, le riflessioni che inducono una corte alla individuazione della *business judgment rule* quale *standard* di riferimento non dovrebbero auspicabilmente mai essere estemporanee bensì essere il risultato di un ben preciso processo o finanche progetto per così dire politico; e dunque potrebbero ben essere ponderate più che rispetto agli interessi privatistici in gioco, rispetto a quelli pubblicistici cui il generale assetto dei controlli risponde – particolarmente nell'approccio di legislatori e corti specializzate e che sovente producono modelli[18].

Orbene, di là da speculazioni che possono apparire giustappunto più o meno teoriche e di là dalla verosimiglianza di logiche che disvelerebbero un'asettica lucidità nella redazione delle decisioni, vi sono ragioni che inducono a ritenere che sul tema un impegno in tal senso dei giudici nordamericani si registri in concreto, anche eventualmente con un'opera realizzata in parte nelle pronunce che precedono e seguono com-

[17] Così Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717, 720 (Del. 1971). Laddove l'attore non riesca a provare ciò, la *business decision* sarà "*insulated*" – nella terminologia delle corti statunitensi – da ogni contestazione. V., tra tanti, anche, Joy v. North, 692 F.2d 880, 885 (2d Cir. 1982) Cfr. più di recente, In re Walt Disney Co. Derivative Litigation, cit., 74; v., giustappunto con riferimento a M&F Worldwide, la ricostruzione di D. WILSON, *op. cit.*, p. 647.

[18] In special modo se si discorre delle corti del Delaware, sia per il ruolo che storicamente hanno sempre assolto in materia di *corporate law*, sia perché per tale ragione le relative pronunce sono oggetto di peculiare attenzione da parte della dottrina. Secondo L P.Q. JOHNSON, *op. cit.*, p. 406, "*apart from the Justices on the United States Supreme Court, it is hard to imagine that any judges in our country receive closer scrutiny than those serving on Delaware's courts*".

pletando il precedente; o comunque, in ultima analisi, che tanto sia accaduto in questo caso[19].

Depongono in favore di questa conclusione, secondo le più autorevoli ricostruzioni[20], sia la funzione che in generale il sistema capitalistico riconosce al diritto delle società, sia il modello che la *corporate law* statunitense sembra sempre più perseguire, sia la complessa gradazione di *judicial review standard* man mano elaborata, sia infine la lettera delle stesse pronunce e, per quanto in interesse, di Corwin e di M&F Worldwide, già nella formulazione prodotta dalla *Chancery Court*.

Lasciando il primo profilo alle indagini dedicate al dibattito sul tema[21] e riservando l'ultima considerazione alla successiva analisi dei due casi in commento, giova precisare con riferimento alle altre due quanto segue.

In primis, come è stato autorevolmente osservato[22], la legislazione statunitense in materia di società ha lasciato emergere, nel corso del secolo scorso, un lento ma graduale abbandono del "*mandatory or prescriptive model*" in favore di un "*pure contractual or enabling model*". Ne discende come, in questo contesto, lo stesso legislatore – *in unum* intendendosi sia quello federale che quelli statali – abbia affidato in misura sempre crescente il perseguimento delle predette finalità all'*ex post judicial review* delle condotte dei *corporate officer* e *director*, valutate sulla scorta dei "*fiduciary duties*"; e ciò con l'ulteriore conseguenza di una sempre più raffinata elaborazione delle categorie dei doveri fiduciari dei *manager* come pure di una crescente sofisticazione e graduazione degli *standard* di sindacato chiamati a regolare nel processo l'*enforcement* di questi doveri.

Si pensi, per un verso, all'espansione dei soggetti e delle situazioni in cui i predetti doveri fiduciari siano invocabili[23] o all'emersione, dal più generico *duty of loyalty*, della categoria *dell'entrenchment* – con essa intendendosi i casi in cui gli amministratori non

---

[19] Non mancano opinioni più scettiche in ordine alla capacità o meglio alla consapevolezza dell'elaborazioni giurisprudenziali in termini di politica del diritto, almeno nelle prime pronunce che segnano una significativa innovazione in materia, come si dirà *infra*.

[20] Sul tema anche se non con specifico riferimento alle due sentenze in commento, cfr. W. T. ALLEN, J. B. JACOBS, L. E. STRINE, Jr., *op. cit.*, p. 860 ss.

[21] Se è vero che le società costituiscono il principale veicolo del moderno capitalismo e che quindi le regole che ne presidiano il funzionamento, come affermate in sede legislativa e per via giurisprudenziale, sono chiamate a governare uno dei momenti essenziali dell'organizzazione dei fattori produttivi, allora non può che ritenersi che sia l'opera del legislatore sia quella delle corti sia informata, *inter caetera* e almeno negli auspici, a una tensione costante verso l'efficiente allocazione delle risorse; e dunque avere riguardo al rapporto, in quest'ottica, tra costi e benefici di ogni strumento come pure di ogni incentivo al suo impiego, *in primis* con riguardo a quello del *judicial redress*. Ben nota la vasta letteratura in materia, nell'ambito del quale sia sufficiente il rinvio a A. SHLEIFER, R. W. VISHNY, *A Survey of Corporate Governance*, in *J. Fin.*, 1997, vol. 52, n. 2, pp. 737 ss.; R. LA PORTA, F. LOPEZ DE SILANES, A. SHLEIFER, R. W. VISHNY, *Legal Determinants of External Finance*, in *J. Fin.*, 1997, vol. 52, n. 3, pp. 1131 ss.; ID., *Law and Finance*, in *J. Pol. Econ.*, 1998, vol. 106, n. 6, pp. 1113-1155; ID., *Investor Protection and Corporate Governance*, in *J. Fin. Econ.*, 2000, vol. 58, n. 1-2, pp. 3-27.

[22] W. T. ALLEN, J. B. JACOBS, L. E. STRINE, JR., *op. cit.*, p. 861, da cui le citazioni che seguono. Ivi anche il riferimento agli accenti tanto critici quanto celebri di B. A. MANNING, *The Shareholder's Appraisal Remedy: An Essay for Frank Coker*, in *Yale Law J.*, 1962, vol. 72, p. 223 ss.

[23] Inferirti ora in capo agli amministratori, ora in capo finanche ai *controlling stockholder*.

hanno un "*direct pecuniary interest in the transaction but have an «entrenchment» interest i.e., an interest in protecting their exsisting control of the corporation*"[24]. Come pure, per altro verso, si consideri la differenziazione dei *judicial review standard* che ha condotto man mano a un quadro particolarmente dettagliato e misurato rispetto alle specifiche situazioni giuridiche in tutela; e soprattutto si consideri, proprio alla luce di tale diversificazione, la possibilità di individuare per via giurisprudenziale regole di *shifting* o dell'onore della prova in capo all'altra parte o finanche dello *standard di review* stesso ogni qual volta gli amministratori seguano particolari procedure.

Ma qui si viene all'altra riflessione.

3. Come detto, il costante lavoro di elaborazione delle corti ha condotto all'affermazione di una raffinata gradazione degli *standard* di *judicial review* per l'azione che alleghi la violazione dei doveri fiduciari, variando parametro in base al contesto di riferimento. Si è soliti affermare come, oltre la *business judgment rule* appunto, sussistano l'*enhanced scrutiny standard* di Unocal[25] e Revlon[26] nonché lo *standard* più stringente della c.d. *entire fairness*, come pure le regole di Blasius[27] e Schnell[28].

Ma da taluni si è rimarcato altresì come, a eccezione che per i due ultimi *test* citati, qui non rilevanti per l'evoluzione di M&F Worldwide e Corwin, la tendenza delle corti a rimettere agli amministratori le decisioni ovverosia a rifuggire dal *second-guess* tende a riemergere sotto la veste di ritorno alla *business judgment rule* giustificato formalmente dall'impiego di "*external monitors*" che offrano alte probabilità di *fairness*, per così dire: amministratori indipendenti, *disinterested shareholder approval*, mercato[29]. O come in M&F Worldwide mediante una combinazione di due di questi meccanismi.

Anzi, a ben vedere il processo logico non è distante da quel che già accade ordinariamente. Se solitamente gli amministratori rapportano la propria condotta alle modalità necessarie per godere dello schermo della *business judgment rule*, nelle nuove linee di Corwin e M&F Worldwide le corti indicano in dettaglio i *trigger* che, anche in combinazione tra loro, attivano la presunzione della *business judgment rule* pure al di fuori delle fattispecie nelle quali è già assicurata, articolando una procedura che replicherebbe un *arm's length purchase*; con la conseguenza da indurre gli amministratori a seguire tali percorsi per innescare il *cleansing effect* e ripristinare la vantaggiosa protezione *de qua*.

---

[24] Categoria che è andata emergendo dal 1985 in avanti. Cfr. W. T. ALLEN, J. B. JACOBS, L. E. STRINE, JR., *op. cit.*, p. 862 da cui la citazione. V. Speiser v. Baker, 525 A.2d 1001 (Del. Ch. 1987).

[25] Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946 (Del. 1985).

[26] Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc., 506 A.2d 173 (Del. 1986).

[27] Blasius Industries v. Atlas Corporation, 564 A.2d 651 (Del. Ch. 1988).

[28] Schnell v. Chris-Craft Industries, Inc., 285 A.2d 437 (Del. 1971). Ragionata e raffinata ricostruzione degli standard e della loro evoluzione, senza dimenticare oltre ai casi citati in questo saggio Simth v. van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del. 1985) o Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 34 A.2d 345 (Del. 1993) , in W. T. ALLEN, J. B. JACOBS, L. E. STRINE, JR., *op. cit.*, pp. 871-890.

[29] M. SIEGEL, *The Illusion of Enhanced Review of Board Actions*, in *U. Penn. J. Bus. Law*, 2013, vol. 15, n. 3, p. 600, peraltro con un'intuizione che anticipa i due casi qui in commento.

Il tutto, invero, secondo una logica già in parte seguita per il contesto in questione nel citato Kahn v. Lynch Communications Systems e ancor prima pure suggerita in Weinberger v. UOP[30].

Un passo indietro.

Come noto, il modo più semplice per l'attore di superare le presunzioni della *business judgment rule* evitando che si applichi lo schermo è invocare il *self-dealing*, la violazione del dovere di non agire in conflitto d'interessi nella *transaction* in contestazione[31]. Infatti, a fronte di un *financial interest* di colui sul quale incombe un *duty of loyalty* nella materia decisa – vale a dire in una situazione che sarà "intrinsecamente sospetta" perché il *director* ad esempio consegue un beneficio economico non disponibile agli altri "*similarly situated shareholders*" – si attiverà lo *standard* di sindacato dell'*entire fairness*, ben più stringente perché sul merito ("*substantive merits*") e con onere della prova a carico del convenuto[32]. Esso richiederà la prova sia del *fair dealing*, con riguardo quindi al momento procedurale per così dire, sia quella del *fair deal*, investendo così il profilo sostanziale dell'operazione realizzata[33]; di guisa che quantomeno sarà assai probabile il superamento della fase preliminare e l'accesso al processo vero e proprio, con tutte le conseguenze anche in termini di desiderabilità per gli amministratori convenuti di un più sicuro accordo transattivo, con i ben conosciuti e indagati effetti distorsivi correlati (*overenforcement*, *overdeterrence*)[34].

Situazioni tipiche in cui il parametro di riferimento diviene l'*entire fairness standard* sono quelle con *controlling stockholder* quale ad esempio, giustappunto per quanto qui in interesse, un *going-private merger* – una delle modalità con cui si realizza il *buyout* della minoranza, anche definito efficacemente *freezeout* o *squeezeout*. La presenza dall'altra parte del medesimo soggetto che controlla la società, con l'ovvia capacità anche di condizionamento del *management*, è chiaramente foriera di un'elevata possibilità di abusi, in

[30] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 703 (Del. 1983). Ovviamente, rispetto a questi meccanismi non manca chi esprime qualche comprensibile perplessità. Cfr. E. B. ROCK, *Corporate Law Doctrine and the Legacy of American Legal Realism*, in *U. Penn. Law Rev.*, 2015, vol. 163, pp. 2031-2.

[31] Parafrasando il celebre Fliegler v. Lawrence, 361 A.2d 218, 221 (Del. 1976) o l'ancor più celebre Aronson v. Lewis, cit., 812, da cui le citazioni nel capoverso. La regola è così applicate in tutte le giurisdizioni degli Stati Uniti. Cfr., per esempio, Newton v. Hornblower, 582 P.2d 1136, (Kan. 1978), in part.. pp. 1145-47.

[32] E. W. HECKER, Jr., *op. cit.*, p. 925.

[33] Weinberger v. UOP, Inc., cit., 711. La giurisprudenza sul punto è amplissima. Di recente, per altra giurisdizione, Becker v. Knoll, 239 P.3d 830, 835 (Kan. 2010).

[34] Vasta la letteratura per un problema ampiamente discusso e sempre attuale, nella dialettica tra benefici e costi di public e private enforcement. *Ex plurimis*, il necessario rinvio ai celebri J. C. COFFEE, JR., *Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter Is Not Working*, in *Md. Law Rev.*, 1983, vol. 42, p. 215 ss. e ID., *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law through Class and Derivative Actions*, in *Col. Law Rev.*, 1986, vol. 86, n. 4, p. 669 ss. Più di recente, ID., *Law and the Market: The Impact of Enforcement*, in *U. Penn. Law Rev.*, 2007, vol. 156, p. 229 ss.; A. M., ROSE, *Reforming Securities Litigation Reform: Restructuring the Relationship Between Public and Private Enforcement of Rule 10b-5*, in *Col. Law Rev.*, 2008, vol. 108, n. 6, p. 1301 ss.

un'ampia varietà di modalità[35]; e comunque tale da richiedere la più penetrante regola di *review* dell'*entire fairness*[36].

Ricorrente quanto incisiva è la metafora impiegata in argomento dalla giurisprudenza nordamericana per giustificare la scelta in parola, che si richiama alla figura del gorilla da 800 *pound* il quale desidera il resto delle banane per sé e a fronte del quale "*chimpanzees like independent directors and disinterested stockholders could not be expected to make sure that the gorilla paid a fair price*"[37].

È parimente noto, nondimeno, come, "*avoiding a crude bifurcation of the world into two starkly divergent categories – business judgment rule review reflecting a policy of maximal deference to disinterested board decisionmaking and entire fairness review reflecting a policy of extreme skepticism toward self-dealing decisions*"[38] –, le corti abbiano elaborato un livello intermedio[39] di *judcial scrutiny*, una *enhanced business judgment rule* nella quale il sindacato non si arresta alla mera razionalità ma richiede la ragionevolezza delle scelte intraprese pur non spingendosi fino alla prova della *fairness*[40].

Il riferimento è ai menzionati Unocal e Revlon, con particolare attenzione ovviamente al secondo precedente e alla sua lunga progenie, per le situazioni involte nelle pronunce oggetto della presente indagine.

Senza velleità di completezza ed evitando di deviare dalla linea del presente commento, sia sufficiente ricordare che nelle operazioni che comportano un "*sale or change in control*", obblighi e *standard* di riferimento variano in ragione della specificità del contesto e del momento: l'intero *board of directors* ha il precipuo dovere di ottenere semplicemente il miglior prezzo per gli azionisti e le sue decisioni sul punto sono sottoposte alla verifica di ragionevolezza sopra menzionata.

---

[35] Il tema è ben noto. In I. FIEGENBAUM, *op. cit.*, p. 38 si legge: "*Delaware law recognizes two sets of circumstance that implicate the existence of a controlling stockholder. Ownership of at least 50% of the voting rights provides evidence of control. Alternatively, domination over the board's decision-making process can transform a substantial stockholder owning less than a majority of the voting rights into a controlling stockholder with regards to a challenged board action*". V. anche R. J. GILSON, J. N. GORDON, *Controlling Controlling Shareholders*, in *U. PA. Law Rev.*, 2003, vol. 152, p. 785.

[36] D. WILSON, *op. cit.*, p. 644 ove anche ampia rassegna di giurisprudenza.

[37] In re Southern Peru Copper Corp. Shareholder Derivative Litigation, 52 A.3d 761, 788 n.79 (Del. Ch. 2011) (Strine *opinion*), confermato *sub nom.* Americas Mining Corp. v. Theriault, 51 A.3d 1213 (Del. 2012). Ma l'esempio è già in Kahn v. Tremont Corp., 694 A.2d 422, 428 e, tra tanti, commentato e rafforzato in L. E. STRINE, JR., *The Inescapably Empirical Foundation of the Common Law of Corporations*, in *Del. J. Corp. Law*, 2002, vol. 27, p. 509.

[38] In re Dollar Thrifty Shareholder Litigation, 14 A.3d 573, 597 (Del. Ch. 2010), anche cit. in L. BOWER BRAUNSBERG, *Asking the Right Question: Mixed Consideration Denominator Problem*, in *Del. J. Corp. Law*, 2016, vol. 40, p. 996.

[39] Lo definisce come tale, *ex multis*, Equity-Linked Investors, L.P. v. Adams, 705 A.2d 1040, 1055 (Del. Ch. 1997).

[40] "*Unlike the bare rationality standard applicable to garden-variety decisions subject to the business judgment rule, the Revlon standard contemplates a judicial examination of the reasonableness of the board's decision-making process*". Chiaramente "*this reasonableness review is more searching than rationality review*": così In re Netsmart Techs., Inc. Shareholders Litigation, 924 A.2d 171, 192 (Del. Ch. 2007).

Più in dettaglio, secondo la Revlon *doctrine*, il dovere degli amministratori muta laddove in tale ambito sia divenuto evidente il *break-up* della società, trasformandosi gli amministratori "*from defenders of the corporate bastion to auctioneers charged with getting the best price for the stockholders at a sale of the company*"[41]; non solo, ma per le medesime ragioni, in caso di azione in giudizio, le decisioni degli stessi amministratori saranno in aggiunta valutate appunto alla luce del richiamato e più stringente *standard* della *reasonableness*.

Beninteso, anche il Revlon *standard* è rispettoso – se così si vuol tradurre il termine "*deferential*" impiegato da dottrina e giurisprudenza statunitensi – verso le prerogative decisionali degli amministratori, di tal che "*courts will not substitute their business judgment for that of the directors, but will determine if the directors' decision was, on balance, within a range of reasonableness*"[42].

Cosa costituisca "*sale or change in control*" e quando il *break-up* della società sia divenuto evidente, vale a dire quale sia il perimetro della c.d. Revlon-*land* [43] e quando scattino i meccanismi illustrati, è quesito cui hanno risposto una serie di casi che hanno perfezionato la pronuncia in parola, in un lavoro continuo e non esente da critiche[44]. Sostanzialmente, lo *standard* di *review* prescritto in Revlon trova applicazione in tre circostanze *"(1) a corporation initiates an active bidding process seeking sale or break-up, (2) a target abandons its long-term strategy in response to an offer and seeks a transaction involving break-up, or (3) the approval of a transaction results in sale or change of control*"[45].

---

[41] Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc., cit., 182. Rimarca correttamente M. MANESH, *Defined by Dictum: the Geography of* Revlon-*Land in Cash and Mixed Consideration Transactions*, in *Vill. Law Rev.*, 2014, vol. 59, n. 1 p. 2 come non si tratti però di un dovere nuovo o indipendente, piuttosto di un riposizionamento, di una variazione nel contenuto dei fondamentali doveri fiudiciari degli amministratori. V. Barkan v. Amsted Indus., Inc., 567 A.2d 1279, 1286 (Del. 1989) ove si afferma che i doversi in ossequio alla regola di *Revlon* comportano semplicemente che i "*directors must act in accordance with their fundamental duties of care and loyalty*", anche cit. in M. SIEGEL, op. cit., p. 612. Sul tema del perimestro di Revlon, cfr. di recente anche S. M. BAINBRIDGE, *The Geography of* Revlon-*Land*, in *Ford. Law Rev.*, 2013, vol. 81, p. 3277, ss. e in part. p. 3281 e M. SIEGEL, *op. cit.*, p. 610 ss.

[42] Così, da ultimo, In re Rural Metro Corp. Shareholders Litigation, 88 A.3d 54, 84 (Del. Ch. 2014). V. già Paramount Communications, Inc. v. QVC Network, Inc., 637 A.2d 34, (Del. 1994). Equity-Linked Investors, L.P. v. Adams, cit., 1055.

[43] Come segnalato da M. MANESH, *Defined by Dictum*, cit. p. 2 – ove ampia rassegna di casi – la Corte Suprema del Delaware ha stigmatizzato l'uso dell'espressione assai invalsa di Revlon-*land*, come pure di Revlon-*duties*, sebbene proprio ai Revlon-*duties* essa abbia poi fatto riferimento in Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc., 818 A.2d 914, 928 (Del. 2003). Ma vedi nota precedente.

[44] Tra cui appunto Paramount Communications, Inc. v. QVC Network, Inc., cit., e Arnold v. Society for Savings Bancorp, Inc., 650 A.2d 1270 (Del. 1994).

[45] L. BOWER BRAUNSBERG, *op. cit.*, p. 997 in un'efficace sintesi. Ivi il riferimento anche a M. WHITE-SMITH, *Revisiting* Revlon*: Should Judicial Scrutiny of Mergers Depend on the Method of Payment?*, in *U. Chi. Law Rev.*, 2012, vol. 79 p. 1177, ove l'evocativo parallelo con la scarsamente saggia ipotesi di "*send out the salesman who just put in his two weeks' notice*". Tra i casi che illustrano le ipotesi che attivano lo *standard* di Revlon, v. In re Santa Fe Pac. Corp. Shareholder Litigation, 669 A.2d 59, 71 ove si menzionano le seguenti situazioni: *"(1) when a corporation initiates an active bidding process seeking to sell itself or to effect a business reorganization involving a clear break-up of the company; (2) where, in response to a bidder's offer, a target abandons its long-term strategy and seeks an alternative transaction involving the break-up of the company; or (3) when approval of a*

La logica appare evidente, ove si considerino le dinamiche di questa tipologia di operazioni: gli amministratori, liberi dalla prospettiva della conferma del proprio ruolo, potrebbero essere indotti ad agire per i propri esclusivi interessi, sfuggendo ai propri obblighi e aspirando a monetizzare il proprio investimento e a procedere a nuovi incarichi oppure ad assumerne uno nuovo nel o grazie al *bidder*, senza invece massimizzare il valore dell'uscita per gli azionisti[46].

In altri termini, l'incremento dei rischi di *disloyalty* – e quindi dei potenziali costi di *agency* – non può che reclamare un livello di sindacato superiore a quello della *deferential business judgment rule* ma comunque non così svantaggioso per gli amministratori convenuti come l'*entire fairness standard* – applicabile ai contesti in cui sussiste il conflitto d'interessi, come per il caso di una *going-private transaction* con *controlling stockholder*.

Orbene, in buona approssimazione, sono questi i territori sui quali si muove la questione oggetto dell'indagine, giacché assai precipui e invero non frequenti risultano le situazioni nelle quali vengono in conto gli ultimi due *standard supra* menzionati, quelli di Blasius e Schnell. Il primo entra in gioco – come poi confermato anche dalla Corte Suprema dello stesso Stato in MM Cos. v. Liquid Auto[47] – ogni qual volta l'attore dimostri che il consiglio di amministrazione ha agito per il "*primary purpose of thwarting the exercise of the shareholder vote for the election of directors*"; e consentirà, di conseguenza, agli amministratori di giustificare per la propria condotta unicamente provando la sussistenza di una "*compelling justification*"[48]. Infatti, ai sensi di questa regola, di fronte a un comportamento teso a vanificare il voto assembleare per la nomina degli amministratori, nemmeno la prova di una loro *good faith* e *due care* sarà rilevante o meglio sufficiente, senza quella della citata *compelling justification*[49].

Anche nel secondo, Schnell v. Chris-Craft Industries, la fattispecie di riferimento si richiama sostanzialmente a una manipolazione del meccanismo elettorale, in un caso in cui gli amministratori avevano modificato luogo e data dell'*annual meeting* della società per neutralizzare una *proxy fights* a loro avversa. Ivi, sebbene la condotta avesse rispettato formalmente ogni previsione dello statuto, la *Supreme Court* del Delaware ha affermato il celebre principio secondo cui una "*inequitable action does not become permissible simply because it is legally possible*"[50].

---

transaction results in a sale or change of control", anche citando Arnold v. Society for Savings Bancorp, Inc., cit., 1290.

[46] Cfr. Reis v. Hazelett Strip-Casting Corp., 28 A.3d 442, 457 (Del. Ch. 2011); J. C. HARTZELL, E. OFEK, D. YERMACK, *What's in It for Me? CEOs Whose Firms Are Acquired*, in *Rev. Fin Stud.*, 2004, vol. 17, n. 1, p. 37 ss.; L. BOWER BRAUNSBERG, *op. cit.*, p. 998.

[47] 813 A.2d 1118 (Del. 2003); Nevins v. Bryan, 885 A.2d 233, 352 (Del. Ch. 2005), confermato in 884 A.2d 512 (Del. 2005).

[48] Blasius Industries v. Atlas Corporation, cit., 661-2;

[49] In tal senso, il voto per l'elezione del consiglio di amministrazione viene considerato campo del tutto estraneo ai poteri degli amministratori e al loro controllo; anzi, essendo la fonte della loro legittimazione tale profilo merita la più forte protezione del criterio di sindacato elaborato in questo caso. M. SIEGEL, *op. cit.*, p. 615

[50] Schnell v. Chris-Craft Industries, Inc., cit., 439. Affermazione che costituisce quella che è comunemente definita appunto Schnell *doctrine* che in larghissima parte, anche se non in tutti i casi, è stata appli-

Di là dalla necessaria seppur veloce rassegna, allora, appaiono evidenti una serie di corollari cui prima si è accennato: non solo in virtù della citata struttura del processo buona parte del duello tra le parti si consuma sul *discrimen* tra i diversi *judicial review standard*, giacché applicandosi la *business judgment rule* è ben probabile che l'azione non conosca mai le luci del *trial* vero e proprio e per contro, ove il parametro di riferimento sia l'*entire fairness*, il convenuto sarà fortemente indotto a ricercare un *settlement* per non rischiare il *trial* appunto; ma giustappunto graduando lo *standard* o variando quello applicabile, le corti possono intervenire per incrementare la funzione di deterrenza o ridurre un'indesiderata *overdeterrence* – ferme restando le strategie contrarie poste in essere dal *plaintiff's attorney*.

In quest'ottica, i giudici del Delaware innanzitutto non hanno mancato negli anni di raffinare sempre più il collegamento tra specifica situazione e *standard* di *review* applicabile, particolarmente per operazioni quali appunto le fusioni, le scalate, le cessioni d'azienda o anche in funzione dell'allerta suscitata dalla presenza di *interested stockholder* o dalle modalità delle operazioni – ad esempio solo *cash* o *mixed consideration* –, in un formidabile meccanismo che restituisce altresì sensibilità e politiche della giurisprudenza in quel determinato momento storico.

Come pure non sono mancati, al pari di quanto detto, gli strumenti di *cleansing*, in grado di ridurre i rischi di abuso e che permettessero o lo spostamento dell'onere della prova sull'altra parte rispetto a quanto previsto nella regola altrimenti applicabile oppure addirittura il passaggio ad altro *standard* meno gravoso.

E si ritorna al significato e alla dimensione di questi meccanismi, già emersi prima di Corwin e di M&F Worldwide, ma con portata meno marcata di quella al fine ora cristallizzata in queste due decisioni.

4. Al pari di quanto accennato, già nel 1983, nel citato Weinberger v. UOP, i Supremi giudici dello Stato avevano sostenuto, anche se solo per ipotesi, che gli esiti del caso in decisione sarebbero stati diversi qualora il consiglio di amministrazione della controllata avesse nominato "*an independent negotiating committee of its outside directors*" con il compito di contrattare con il proprio azionista di controllo "*at arm's length*" [51]; e ciò in quanto "*in a parent-subsidiary context, a showing that the action taken was as though each of the contending parties had in fact exerted its bargaining power against the other at arm's length is strong evidence that the transaction meets the test of fairness*"[52]. Come dire, l'intervento di un soggetto indipendente dotato dei poteri di condurre il negoziato nell'interesse comune di tutti gli azionisti, superando il condizionamento del *controlling stockholder* anche in ragione della

cata a condotte finalizzate a frustrare il voto assembleare. In Hollinger International v. Black, 844 A.2d 1022, 1080–81 (Del. Ch. 2004), citando Frantz Manufacturing Co. v. EAC Industries, 501 A.2d 401 (Del. 1985) si come la regola possa estendersi anche alle ipotesi di assemblee di modifica dello statuto. V. M. SIEGEL, *op. cit.*, p. 616, nota 86, ove anche ulteriore caso.

[51] Weinberger v. UOP, Inc., cit., 709, nota 7.
[52] *Ibidem*.

propria indipendenza e degli speciali poteri appunto conferitigli, integrerebbe una circostanza (procedura) idonea a riprodurre le condizioni di una normale trattativa e come tale sufficiente a provare quanto richiesto in giudizio in termini di *fairness* sia del *dealing* che del *deal*.

È invero bastato questo spunto per dar vita a una lunga linea di casi, non priva di ripensamenti e contraddizioni, attraverso cui la giurisprudenza ha elaborato il principio e delineato i contorni nonché gli effetti di siffatti *cleansing device*[53].

Per le fattispecie cui fosse applicabile l'*entire fairness review*, il punto di arrivo di tale percorso, prima delle recente M&F Worldwide, era rappresentato da Kahn v. Lynch Communications Systems[54], pronuncia la quale, giustappunto con riguardo ai contesti in indagine, aveva affermato come o l'operato di uno *special committee*, indipendente e dotato di effettivi poteri, o in alternativa l'approvazione da parte degli azioni non in conflitto d'interessi, se pienamente informati, avrebbe comportato lo spostamento dell'onere della prova in capo al *non-controlling shareholder* che avesse agito in giudizio[55].

Nel far ciò, Lynch aveva chiarito la contraddizione creatasi sostanzialmente tra due decisioni della *Court of Chancery*: in In re Trans World Airlines, Inc.[56], i giudici di merito avevano ritenuto che a quanto deciso da uno *special committee* indipendente e con poteri effettivi sarebbe dovuta esser riconosciuta la protezione della *business judgment rule*; mentre in Citron v. E.I. Du Pont de Nemours & Co.[57], individuando in Rosenblatt v. Getty Oil Co.[58] il precedente vincolante, si era sostenuto come né l'approvazione ad opera di uno "*special committee of disinterested directors*" né quella di una "*majority of the minority*", anche se *fully-informed*, avrebbe comportato una variazione dello *standard* di *review* applicabile – *standard* il quale sarebbe rimasto quello dell'*entire fairness*, unicamente con *shifting* del *burden of proof* in capo all'attore, chiamato quindi a provare che la *transaction* fosse *unfair*.

Lynch, nel sostenere questa seconda posizione, da un lato, aveva introdotto una regola che non forniva al *controlling stockholder* un incentivo che lo inducesse a ricercare in una fusione di questo tipo il consenso degli azionisti di minoranza; e tanto per l'ovvia ragione che il medesimo effetto di spostamento dell'onere probatorio poteva già essere conseguito con l'impiego del "solo" comitato. Dall'altro, non aveva affrontato il tema degli effetti di una combinazione dei due strumenti (comitato e approvazione della minoranza). Più esattamente, sebbene l'operazione esaminata non fosse un *merger*

---

53 V. W. T. ALLEN, J. B. JACOBS, L. E. STRINE, JR., *op. cit.*, p. 879.

54 *Sub* nota 8.

55 In questo senso, Lynch era per i *going-private mergers* il riferimento sia per la regola generale secondo cui tali operazioni invocavano *tout court* l'applicazione dell'*entire fairness standard* – regola beninteso affermata nella giurisprudenza del Delaware sin dai tempi di Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 93 A.2d 107, 109 (1952) e di Gottlieb v. Heyden Chem. Corp., 91 A.2d 57, 58 (1952) ma non priva di qualche voce contraria poi silenziata da Lynch –, sia per l'efficacia in queste situazioni di un *cleasing device*.

56 In re Trans World Airlines, Inc. Shareholders Litigation, C.A. No. 9844, 1988 Del. Ch. Lexis 139 (Del. Ch. 21 ottobre 1988), anche in *Del. J. Corp. Law*, 1989, vol. 14, p. 870 ss.

57 84 A.2d 490 (Del. Ch. 1990).

58 493 A.2d 929 (Del. 1985).

condizionato dal *controlling stockholder* a entrambe le "*procedural protections*", quanto affermato in Lynch è stato, prima di M&F Worldwide, interpretato nel senso che dall'impiego congiunto non sarebbe derivato alcun beneficio ulteriore in termini di regole di sindacato[59].

Invero, pur a fronte di un dibattito che sullo tema non è certo mancato[60], la Corte Suprema del Delaware non aveva avuto occasione di ritornare sulla regola e di esprimersi in particolare sull'impiego combinato in questione fino, a quando non investita del caso M&F Worldwide.

Ma ridurre a questo profilo l'indagine, ovverosia all'assenza di un'occasione per riprendere uno spunto già suggerito in una serie di pronunce, appare limitativo, finendo altresì con il declinare Corwin al pari di una decisione collaterale, di trascurare ogni approfondimento sulle più profonde motivazioni e sugli effetti sostanziali delle due decisioni nonché di ignorare il più generale contesto delle altre pronunce che di recente hanno impattato significativamente sulla *corporate litigation* del Delaware.

La giurisprudenza successiva a Corwin e a M&F Worldwide, la circolazione verso altra giurisdizione, l'interesse dimostrato dalla dottrina, invece, sono il segno che ben altra valutazione può essere compiuta.

Acquisita la ricostruzione, però, appare necessario procedere all'analisi dei due casi in questione, prima di discorrere di scelte di *policy* e verificare quanto anticipato.

5. "*Finally, when a transaction is not subject to the entire fairness standard, the long-standing policy of our law has been to avoid the uncertainties and costs of judicial second-guessing when the disinterested stockholders have had the free and informed chance to decide on the economic merits of a transaction for themselves. There are sound reasons for this policy. When the real parties in interest — the disinterested equity owners — can easily protect themselves at the ballot box by simply voting no, the utility of a litigation-intrusive standard of review promises more costs to stockholders in the form of litigation rents and inhibitions on risk-taking than it promises in terms of benefits to them. The reason for that is tied to the core rationale of the business judgment rule, which is that judges are poorly positioned to evaluate the wisdom of business decisions and there is little utility to having them second-guess the determination of impartial decision-makers with more information (in the case of directors) or an actual economic stake in the outcome (in the case of informed, disinterested stockholders). In circumstances, therefore, where the stockholders have had the voluntary choice to accept or reject a transaction, the business judgment rule standard of review is the presumptively correct one and best facilitates wealth creation through the corporate form*"[61].

Con queste conclusioni, la *Supreme Court* dello Stato del Delaware ha confermato la decisione con cui la *Chancery Court* aveva sostenuto che la *business judgment rule* deve ri-

[59] Come rilevato in In re M&F Worldwide Corp. Shareholders Litigation, 67 A.3d 496, 500 (Del. Ch. 2013).

[60] Si rinnovi il rinvio a W. T. ALLEN, J. B. JACOBS, L. E. STRINE, JR., *op. cit.*, p. 879 ss. e a E. B. ROCK, *op. cit.*, p. 2030 ss

[61] Corwin v. KKR Fin. Holdings. LLC, cit., 314.

tenersi "*the appropriate standard of review*" per una *post-closing damages action,* ogni qual volta l'operazione non sia soggetta all'*entire fairness standard of review* e sia stata approvata da una "*fully informed, uncoerced majority of the disinterested stockholders*"[62].

Il *cleansing effect* che ne discende, pertanto, opera nell'ambito di Revlon-*land*, ripristinando in virtù appunto del "*voluntary judgment of the disinterested stockolders*", la *business judgment rule* in luogo della *reasonableness* dello *standard* altrimenti applicabile. Con la conseguenza che, in presenza di una *stockholder ratification* nei predetti termini, il rigetto del *claim for breaches of fiduciary duty* sarà l'esito inevitabile di un giudizio nel quale gli attori non siano riusciti a mettere in discussione la linearità del percorso decisionale degli organi sociali, assolvendo al proprio onere della prova.

Nel caso di specie, le doglianze degli attori erano connesse a uno *stock-for-stock merger* successivo all'acquisizione di KKR Financial Holdings LLC (KFN) da parte di KKR & Co. L.P. (KKR), rispetto al quale veniva eccepita la mancanza di indipendenza in capo alla maggioranza degli amministratori dell'incorporata, in ragione di una posizione di sostanziale controllo vantata da KKR. Infatti, pur senza possedere quote rilevanti di capitale, l'incorporante era il principale cliente dell'incorporata, nel senso che il *core business* di KFN era di finanziare le attività di *leveraged buyout* di KKR, sulla base peraltro di un contratto con KKR Financial Advisors (KFA) – una *affiliate* di KKR – che forniva tutti i servizi, incluso il personale, e a cui spettava un diritto di recesso unilaterale[63]. Alla luce di tanto e, in particolare, del presunto accertamento del controllo, si era richiamata l'applicazione della *entire fairness review*.

---

[62] Ivi, 305.

[63] Si consideri, peraltro, che KFN era una *limited liability company* e non una *corporation* e quindi il suo capitale non era suddiviso in azioni; non solo non potevano, pertanto, applicarsi una serie di norme espressamente riservate a queste ultime, ma veniva altresì meno l'automatismo nell'accertamento degli indici tradizionali di rilevazione del controllo e delle connesse responsabilità che l'ordinamento statunitense attribuisce alla *parent corporation* nei casi di applicazione della c.d. *doctrine of enterprise*. D'altronde, se per l'applicazione dei principi della *enterprise view* non è sufficiente la prova dell'abuso di controllo, risulta però decisiva la dimostrazione dello stretto collegamento economico fra le attività delle società coinvolte, nel senso di una "*collective conduction of an economically integrated business*", che nel caso di specie poteva in astratto riscontrarsi. Giova in tal senso ricordare come i quattro ulteriori elementi propedeutici all'applicazione degli *enterprise principles* elaborati dalla giiurisprudenza siano: (i) unicità di nome commerciale, logo e piano di *marketing* (la c.d. "*common public persona*"); (ii) interdipendenza finanziaria tale che la società "madre" contribuisca in modo decisivo al finanziamento delle sussidiarie, che non conseguono ricavi in maniera indipendente; (iii) interdipendenza amministrativa, per cui le sussidiarie sono prive di propri dipartimenti legali, di *auditing*, fiscali, di pubbliche relazioni, sicurezza, pianificazione, ricerca e sviluppo e si affidano al personale della capogruppo per tali funzioni; (iv) trattamento unificato dei dipendenti (piani comuni di *stock option*, pensionamento, assistenza medica, benefici e privilegi vari, promozioni e trasferimenti). Per una panoramica della materia cfr., *ex multis*, P. I. BLUMBERG, K. A. STRASSER, N. L. GEORGAKOPOULOS, E. J. GOUVIN, *Blumberg on corporate groups*, II ed., 2005, § 3.04, ove si offre altresì ampia rassegna di giurisprudenza; K. PISTOR, Y. KEINAN, J. KLEINHEISTERKAMP, M. D. WEST, *The Evolution of Corporate law, a cross-country comparison*, in *U. Penn. J. Intern. Econ. Law*, 2003, vol. 23, p. 4; P. I. BLUMBERG, *The multinational challenge to corporation law. The search for a new corporate personality*, Oxford, 1993, p. 74 ss.; O. MUCHLINSKI, *International enterprises and the law*, Oxford, 2007, p. 21.

In primo grado, la *Court of Chancery* aveva rigettato il *claim* evidenziando la mancanza di prova in ordine all'effettiva invasività di KKR rispetto all'autonomia decisionale (in termini di "*independent judgment*") del *board* di KFN, collegando l'applicazione della *standard business judgment rule* al riscontro che il voto dei *disinterested stockholder*, appunto in assenza di prova contraria, non poteva che ritenersi *fully informed* e *uncoerced*[64]. Ancor più in generale, poi, la Corte aveva rilevato come KKR, nel quadro probatorio offerto dai *plaintiff*, non potesse considerarsi quale *controlling stockholder* dell'incorporanda, escludendosi così l'applicabilità dell'*entire farness standard*[65].

In grado di appello, la *Delaware Supreme Court* ha espressamente dichiarato di condividere non solo le conclusioni ma anche l'inquadramento della fattispecie offerto dalla *Chancery Court* – letteralmente, "*we embrace the Chancellor's well reasoned decision and the precedent it cites*"[66] –, peraltro evidenziando come l'accento sia stato correttamente posto sulla definizione generale del perimetro di efficacia della *stockholder ratification* più che sull'individuazione dello *standard of review* applicabile qualora un'operazione non soggetta all'*entire fairness* sia approvata con voto volontario – e non statutariamente previsto – del *disinterested stockholder*[67].

In particolare, la Corte Suprema si è soffermata su entrambi i percorsi di indagine svolti dalla *Chancery Court*, confermando sia il mancato superamento della soglia probatoria in ordine alla situazione di controllo di KKR in KFN e alla conseguente

[64] Nel giungere a una simile conclusione, la *Chancery Court* ha seguito un orientamento consolidato della *Delaware Common Law* volto a sostenere che "*the legal effect of a fully-informed stockholder vote of a transaction with a non-controlling stockholder is that the business judgment rule applies and insulates the transaction from all attacks other than on grounds of waste, even if a majority of the board approving the transaction was not disinterested or independent*". Peraltro, la Corte – diversamente da altre sue pari – ha espressamente ritenuto di leggere il precedente di *Gantler v Stephens* (965 A.2d 695 – Del. 2009) nel senso di non alterare la portata dell'orientamento interpretativo a causa della previsione statutaria di un *mandatory stokholder vote*.

[65] Già nel precedente e connesso In re KKR Financial Holdings, cit., 994, era stato rilevato, tra l'altro, che KKR (i) possedeva una quota di KFN inferiore all'1%, (ii) non aveva diritti in ordine aalla nomina di alcun componente dell'organo amministrativo e (iii) non aveva contrattualmente nessun potere di veto rispetto a delibere del *board*. Deve considerarsi, d'altronde, che fra tutte le caratteristiche strutturali che compongono il fenomeno di gruppo e la *enterprise law*, il "controllo" è senz'altro quella che ha destato l'attenzione privilegiata del *common law*, non avendo mai ricevuto inquadramento dogmatico negli *statutes* e ruotando attorno a percorsi giurisprudenziali sviluppatisi con riferimento a specifiche fattispecie di abuso della personalità giuridica e, quindi, per lo più nell'ambito di azioni volte a ottenere il c.d. *piercing the veil*. Sul punto cfr. P. I. BLUMBERG, *Limited liability and corporate groups*, in *J. Corp. Law*, 11, 1986, p. 573; K. A. STRASSER, *Piercing the veil in corporate groups*, in *Connect. Law Rev.*, 2005, vol. 37, p. 637; V. HARPER HO, *Theories of corporate groups: corporate identity reconceived*, in *Seton Hall Law Rev.*, 2012, vol. 42, p. 2.

[66] Corwin v. KKR Fin. Holdings. LLC, cit., 313.

[67] Proprio con riferimento ai precedenti richiamati dalla *Court of Chancery*, che vengono ad avviso della *Supreme Court* correttamente citati "*to support an interpretation of Gantler* [citato *supra*] *as a narrow decision focused on defining a specific legal term 'ratification', and not on the question of what standard of review applies*". *Id.*, 314.

qualificazione dell'incorporante alla stregua di un *controlling stockholder*[68], sia la sicura assoggettabilità dell'operazione alla *business judgment rule*[69].

Proprio su quest'ultimo versante, la Corte ha approfondito la questione dell'applicabilità dei Revlon *standard*, che gli attori avevano subordinatamente richiamato proprio per l'ipotesi in cui l'*entire fairness* non fosse stato giudicato il parametro di riferimento a causa di un'insufficiente prova del controllo; anzi, più che interrogarsi circa la effettiva possibilità di applicare Revlon, la Corte ha sottolineato l'irrilevanza di una simile indagine ogni qual volta vi sia stata una *fully informed* e *uncoerced stockholder ratification*.

Ed è qui che si concentra la portata innovativa della decisione di Corwin e si getta il seme del riconoscimento formale di un più ampio e strutturato *cleansing effect*: non esisterebbe per gli azionisti *disinterested* – né, dovrebbe dedursi, per gli *stakeholder* e per il mercato – una situazione di pericolo meritevole di tutela laddove essi abbiano ratificato l'operazione (anche a prescindere dalla presenza di interessi extrasociali rappresentati all'interno del *board*) con un voto scevro da condizionamenti manifesti e prestato dopo aver ricevuto un'informativa piena circa l'oggetto della delibera; e ciò ovviamente fatto salvo quanto si dirà nell'esame di M&F Worldwide per il diverso caso di un'operazione con l'azionista di controllo.

Peraltro, una simile conclusione non potrebbe, ad avviso della *Delaware Supreme Court*, essere messa in discussione eccependo un'illegittima e "pericolosa" neutralizzazione dei principi di *Revlon* o di *Unocal*[70].

---

[68] In relazione al primo motivo di rigetto, si legge infatti: "*The Court of Chancery properly held that the complaint did not plead facts supporting an inference that KKR was a controlling stockholder of Financial Holdings*", *ibidem*.

[69] *Ivi*, 308, il secondo motivo di rigetto viene esteso in un capo intitolato proprio "*the Court of Chancery correctly held that the fully informed, uncoerced vote of the disinterested stockholders invoked the business judgment rule standard of review*".

[70] Senza voler tornare nuovamente sulle prospettive del caso Revlon, alcune – quantomeno sintetiche – notazioni meritano di essere svolte circa l'altro caso paradigmatico trattato dalla *Delaware Supreme Court* negli anni '80, prima sottaciuto: Unocal v. Mesa Petroleum Co. (480 A. 2d 619 – Del. 1984), laddove si è espressamente posto a carico degli amministratori l'onere di soddisfare un "*enhanced duty*" nell'adozione di tattiche defensive da scalata ostile, a causa dell' "*omnipresent specter that a board may be acting primarily in its own interests, rather than those of the corporation and its shareholder*". Nel caso concreto, una volta ricevuto il parere dei consulenti esterni (in specie dell'*investment banker*), che avevano considerato l'offerta finanziariamente inadeguata e strutturalmente "*coercive*" , il *board* della *target company* aveva proposto una *defensive exchange offer* a tutti i propri azionisti, ad eccezione del *bidder*. Nell'approvare la tattica difensiva, la Corte ha introdotto un metodo di analisi della fattispecie – in due fasi – che successivamente è stato definito "*enhanced scrutiny*" . In base a questo principio, il trattamento di particolare "*deference*" solitamente riservato alle decisioni degli amministratori, viene disapplicato a fronte dell'evidenza che il *board* abbia adottato unilateralmente (senza l'approvazione dei soci) una tattica difensiva. Ivi, affinché torni a operare la *business judgement rule*, eventualmente giustificando l'adozione della misura, è necessario che risultino soddisfatti due fondamentali requisiti. innanzitutto, "*directors must show that they had reasonable grounds for believing that a danger to corporate policy and effec-tiveness existed because of another person's stock ownership*"; in secondo luogo – salvo che si riscontri *disloyalty* o *negligence* in capo al *board* – deve valutarsi la "ragionevolezza" della difesa in termini di proporzionalità rispetto al "*threat*" eventualmente riscontrabile nella *hostile takeover bid*. L'*enhanced scrutiny test* proposto da Unocal si caratterizza, quindi, per la ricerca di un "*element of balance*" tra azione e reazione – tra offesa e difesa, si direbbe. Per commenti cfr. R. J. GILSON, R. KRAAKMAN, *Dela-*

In primo luogo, mancherebbe la *eadem ratio*, giacché gli *standard* forniti dai due casi citati sono stati elaborati per supportare "*M&A decisions in real time*" e costituire meccanismi di prevenzione del danno, attivabili *before closing*; e non sono pensati, in effetti, come rileva la Corte, "*with post-closing money damage claims in mind*"[71]. In secondo luogo, Corwin limita espressamente la reviviscenza della *business judgment rule* al ristretto ambito dei "*fully informed, uncoerced stockholder votes*", garantendo piena operatività ai regimi valutativi più severi in tutti i casi in cui venga meno uno qualsiasi degli elementi della fattispecie, a partire – ad esempio – dall'ipotesi in cui fatti o informazioni rilevanti ai fini della decisione non siano stati correttamente rivelati ai soci chiamati al voto.

Ciò volendo tacere – per il momento – dell'impatto delle riflessioni di *policy* svolte dalla Corte a supporto del giudizio di insindacabilità (e irreversibilità) delle operazioni in cui come detto "*the real parties in interest – the disinterested equity owners – can simply protect themselves at the ballot box by simply voting no*"[72] e delle derive che un'eccessiva apertura al *second-guess* delle Corti rischierebbe di alimentare sul piano dei costi di lite e più in generale di *agency*.

Piuttosto, a completamento del quadro tecnico di una decisione paradigmatica come quella in Corwin, non può non segnalarsi – al pari di quanto, peraltro, è stato rimarcato in alcuni giudizi successivi – che la Corte ha in tal caso escluso la rilevante pregiudiziale dell'*entire fairness standard* per mancata prova della presenza di un *controlling stockholder*, senza però entrare nel merito dell'altro possibile *triggering event*, e cioè la configurazione di una c.d. *conflicted board majority*.

Si tratterebbe, invero, di un argomento idoneo a compromettere – o quantomeno a ridimensionare – la portata generale del *cleansing effect*. Tuttavia, se è vero che in *City of Miami General Employees v. Comstock* [73] la Corte ha effettivamente escluso l'*entire fairness* solo dopo aver verificato che la maggioranza dell'organo amministrativo fosse *disinterested* (così indirettamente confermando un'interpretazione "restrittiva" di Corwin), è altresì vero che in almeno altri due casi successivi (*Larkin v Shah*[74] e *In Re Merge Healthcare*[75]) è stato esplicitamente affermato che il *cleansing effect* del *fully informed and uncoerced stockholder vote* si propaga anche laddove la maggioranza degli amministratori abbia un interesse nell'operazione.

E allora, come si accennava *supra* e come si approfondirà *infra*, dinanzi a un simile ispessimento, *rectius* allargamento del perimetro dello schermo protettivo della *business judgment rule*, tale da "normalizzare" addirittura le situazioni di interesse conclamato degli amministratori – e dunque di fisiologica o almeno potenziale compromissione dei doveri fiduciari – l'interprete non può che cercare in una visione di *policy* il senso delle

---

ware's intermediate standard for defensive tactics: is there substance to proportionality review?, in *Bus. Law.*, 1989, vol. 44, p. 247; R. J. GILSON, *Unocal Fifteen Years Later, Col. Law School Working Paper* n. 177, 2000; ID., *Unocal Fifteen Years Later (And What Can We Do About It),* in *Del. J. Corp. Law*, 2001, vol. 26, p. 49.

[71] Corwin v. KKR Fin. Holdings. LLC, cit., 317.

[72] Corwin v. KKR Fin. Holdings. LLC, cit., 316.

[73] C.A. No. 9980-CB, 2016 WL 4464156 (Del. Ch. 24 agosto 2016).

[74] C.A. No. 10918-VCS, 2016 WL 4485447 (Del. Ch. 25 agosto 2016).

[75] C.A. No. 11388-VCG, 2017 WL 395981 (Del. Ch. 30 gennaio 2017).

scelte adottate in concreto dal legislatore di *common law*, abbandonando – anche solo per un istante – il sentiero dell'analisi *case-by-case* per proiettarsi in uno scenario più ampio, cogliendo la funzione sociale (e non solo economica) della regolazione dei *capital market* e delle *securities litigation*.

Ma vi è di più.

6. Come rimarcato, un *cleansing effect*, sebbene quale risultato di un meccanismo più gravoso, è possibile, nel nuovo corso della giurisprudenza del Delaware, pure nelle ipotesi di applicabilità dell'*entire fairness*.

Di là dall'analisi più generale già in parte anticipata, con riguardo allo specifico ambito dei *going-private merger* non può tacersi come siano rilevabili, oltre all'irrisolto quesito di Lynch – quello sugli effetti della combinazione degli strumenti dello *special committee* e della *stockholder ratification* –, anche due altre linee di casi che spingevano per una modifica dello *standard*: una originata da Siliconix[76] e l'altra dal già citato Cox Communications[77]. Quasi che, a mettere in fila le predette pronunce, ci si trovi dinanzi alla cronaca di una decisione annunciata: quella di M&F Worldwide appunto.

Le ragioni sono, per una volta, di semplice comprensione.

Nel primo caso, Siliconix, riguardante sì un'operazione di *freezeout* ma realizzata a mezzo di una *tender offer*, la Corte già aveva optato per la *business judgment rule* in luogo dell'*entire fairness*. Orbene, vero era – avevano affermato i giudici – che un diverso *standard* in questo senso tra *tender offer* e *going-private* sarebbe potuto apparire "strano" [78], in specie se si fosse considerato che il *controlling stockholder*, conseguendo all'esito di un'offerta andata a buon fine almeno il 90% delle azioni, avrebbe ben potuto realizzare un *short-form merger*, di fatto escludendo anche gli altri azionisti dalla società[79]; ma vero era pure che quest'ultima si profilava quale un'eventualità, probabile certo, ma che comunque distingueva le due situazioni; e soprattutto che una *tender offer*, diversamente da una proposta di fusione, è indirizzata agli – e quindi decisa direttamente dagli – azionisti di minoranza – e non dal consiglio di amministrazione. Mancando così il *self-dealing* che innesca l'*entire fairness*, non si poteva che concludere in favore dell'ordinaria *business judgment rule*.

La decisione, che – come è agevole intuire – ha subito assunto per le scalate un'importanza rilevante e che è stata poi raffinata e rafforzata da In re Pure Resources[80] e da In re CNX Gas[81], aveva da un lato aperto agli azionisti di controllo una più

---

[76] In re Siliconix Inc. Shareholders Litigation, No. CIV. A. 18700, 2001 WL 716787, (Del. Ch. 19 giugno 2001), su cui, in relazione a M&F Worldwide, D. WILSON, *op. cit.*, p. 657-9.

[77] *Sub* nota 13.

[78] Segnatamente si legge: "*It may seem strange that the scrutiny given to tender offer transactions is less than the scrutiny that may be given to* […]*a merger transaction*"; In re Siliconix Inc. Shareholders Litigation, cit., 6.

[79] Sì da "*end up in the same position as if* […] *had tendered or if the transaction had been structured as a merger*"; Ivi, 7.

[80] In re Pure Resources, Inc., Shareholders Litigation, 808 A.2d 421 (Del. Ch. 2002)

sicura strada per operare un *freezeout* senza rischiare di confrontarsi in giudizio con l'oneroso *fairness test*; e dall'altro aveva creato una sperequazione in ordine alla quale non erano mancate autorevoli opinioni – corredate da significative evidenze empiriche – che invocassero la riconduzione sotto un unico *standard*[82].

Non solo, ma a completare la preparazione del terreno, era giunto il citato Cox Communication, decisione nella quale lo stesso *Chancellor* Strine, sebbene unicamente nei *dicta*, aveva anticipato giustappunto quanto avrebbe poi avuto occasione di affermare in In re M&F Worldwide; vale a dire che una fusione con l'azionista di controllo negoziata e approvata da un comitato speciale di amministratori indipendenti e condizionata al voto favorevole della maggioranza della minoranza avrebbe richiesto l'applicazione della sola *business judgment rule* in un eventuale giudizio[83]. Non solo tanto era bastato per indurre nella pratica a una strutturazione dell'operazione – se scelta la forma del *going-private merger* – in questo senso; ma la considerazione era apparsa tanto condivisibile che i giudici in CNX Gas l'avevano espressamente richiamata[84], a dispetto del fatto che il caso loro sottoposto non fosse un *merger* come Cox Communications ma una *tender offer*, e che come noto un'opinione di una *Chanchery Court* non sia mai vincolante per un'altra.

Senza esser tacciati di determinismo si potrebbe, a questo punto, anche sostenere che, dunque, l'orientamento cristallizzato ora in M&F Worldwide sia il risultato d'una maturazione pronta a esser colta, al tempo e con l'occasione opportuna.

E tale occasione si è presentata alla *Court of Chancery* nel 2013, quando, nell'ambito di un'azione relativa al *going-private merger* di M&F Worldwide e finalizzata a vedere riconosciuto un *post-closing damage*, i giudici hanno potuto affermare a chiare lettere, con *opinion* proprio del *Chancellor* Strine, il principio secondo cui, in contesti di tal sorta, ogni qual volta l'operazione venga approvata sia da uno *special committee of independent directors*, sia da una *majority of the minority shareholders* troverà applicazione in giudizio lo *standard* di *review* della *business judgment rule* e non l'*entire fairness*.

L'opera di sistematizzazione cui si è dedicata la *Supreme Court* investita dell'appello, nel confermare le conclusioni dei giudici di prime cure, quindi, non solo ha consentito di far assurgere le predette riflessioni a principio vincolante ma ha fornito risposta, invero parziale, anche alle sollecitazioni circa l'opportunità di un approccio unico a tutte le operazioni di *freezeout* della minoranza, fossero esse realizzate attraverso

---

[81] In re CNX Gas Corp. Shareholders Litigation, 4 A.3d 397 (Del. Ch. 2010). V. anche In re John Q. Hammons Hotels Inc. Shareholder Litigation, No. 758-CC, 2009 WL 3165613 (Del. Ch. 2 ottobre 2009).

[82] Per tutti, G. SUBRAMANIAN, *Post*-Siliconix *Freeze-outs. Theory and Evidence*, in *J. Leg. Stud.*, 2007, vol. 36, n. 1, p. 1 ss. e F. RESTREPO, *Do Differente Standards of Judicial Review Affect the Gains of Minority Shareholders in Freeze-out Transactions? A Re-examination of* Siliconix, in *Harv. Bus. Law Rev.*, 2013, vol. 3, p. 321 ss

[83] In re Cox Communications, Inc. Shareholders Litigation, cit., 606.

[84] In re CNX Gas Corp. Shareholders Litigation, cit., 400. Puntualmente, D. WILSON, *op. cit.*, p. 661. V. anche V. anche le I. FIEGENBAUM, *op. cit.*, pp. 26-7 e 30.

going-private merger, o per mezzo di una *tender offer*[85]. Parziale perché – giova ribadirlo – lo *standard* sarà adesso la *business judgment rule* ove l'operazione sia effettuata come *tender offer* e sarà sempre la *business judgment rule* ove effettuata come *merger* a patto però che si adotti – e correttamente – il *cleansing device* in commento; dacché, pur salutando con favore l'intervento di M&F Worldwide, già non è mancato chi ha rimarcato l'opportunità che la stessa linea con i medesimi oneri procedurali sia adottata per le *tender offer* finalizzate alla liquidazione della minoranza[86].

Ma con riguardo alla nuova regola e all'*iter* logico-argomentativo seguito dalla *Supreme Court* val la pena, procedendo per ordine, di precisare qualche ulteriore dettaglio.

Nella decisione, i Supremi giudici prendono le mosse dai citati precedenti di Tremont[87] e di Lynch[88], per richiamare come lo *standard* di *review* applicabile fino a quale momento per i casi di operazione con un *controlling stockholder* fosse l'*entire fairness*, per le ovvie ragioni già illustrate; come pure per chiarire che Lynch aveva previsto un parziale effetto di *cleansing* perché aveva esaminato le conseguenze dell'intervento o della *stockholder ratification* o dell'istituzione dello *special committee*. Non a caso, la *Court of Chancery* di In re M&F Worldwide aveva ritenuto che il caso presentasse una "*novel question of law*," e segnatamente "*what standard of review should apply to a going private merger conditioned upfront by the controlling stockholder on approval by both a properly empowered, independent committee and an informed, uncoerced majority-of-the-minority vote*"[89].

Di fronte a siffatta "*question of first impression*", come l'ha definita la Corte, che per la prima volta veniva in questi termini affrontata dai Supremi giudici dello Stato, il primo rilievo della decisione è caduto sulla circostanza – "*vital distinction*" – che in questo caso, a differenza di quanto accaduto in Lynch o in Southern Peru e Tremont, l'azionista di controllo aveva sterilizzato il proprio controllo in termini di voto sull'operazione, condizionandola irrevocabilmente all'approvazione della maggioranza della minoranza[90]. Piena informazione era stata offerta e l'operazione era stata condizionata pure all'approvazione di un "*independent and fully-empowered Special Committee*" il quale "*fulfills its duty of care*"; e tutto ciò era avvenuto *ab initio*.

In parallelo rispetto alla dinamica di ogni *cleasing device*, allora, lo slittamento dall'*entire fairness* alla *business judgment rule* è, nel logica già della *Court of Chancery* come in quella della *Supreme Court*, chiaramente collegato alla combinazione di una serie fattori che, oltre all'impiego dei due congegni del comitato e del voto favorevole della mino-

[85] Oltre a quanto già citato, dopo la decisione in commento, v. F. RESTREPO, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, pp. 206-7. Ivi i riferimenti ai costi, anche in termini di *welfare loss* e non solo di trasferimento di ricchezza dalla minoranza alla maggioranza, che diversi *review standard* comportavano in base alla forma in cui veniva strutturata l'operazione e alla capacità di chi ne pianifica la realizzazione di selezionare quella che produca i benefici per la maggioranza che ne ha il controllo. Ma v. anche L P.Q. JOHNSON, *op. cit.*, p. 419 ss. nonché M. SIEGEL, *op. cit.*, p. 639 e 667.

[86] F. RESTREPO, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, pp. 224-5.

[87] *Sub* nota 37.

[88] Su cui ampiamente *sub* par. 4.

[89] In re M&F Worldwide Corp. Shareholders Litigation, cit., 508.

[90] Kahn v. M&F Worldwide Corp., cit., 645 da cui le citazioni.

ranza, fanno riferimento alle modalità con cui tali strumenti vengono utilizzati – e in conseguenza dei quali "*the controller voluntarily relinquishes its control*", riproducendosi ("*replicate*") la normalità dell'*arm's lenght bargain*[91].

Anzi, a ben vedere, gli azionisti di minoranza guadagnano, grazie a una strutturazione di tal guisa, anche i benefici di un comitato indipendente dotato dei poteri di negoziare per ottenere "*the best price*" ed eventualmente sconsigliare alla fine l'accordo, qualora ritenga che "*the deal is not advisable for any proper reason*"; e comunque, alla fine, rimane fermo il loro potere di non accettare, in sede di approvazione assembleare, la proposta negoziata per loro conto[92].

Controbilanciata, per tale via, l'*undermining influence* viene allora a cadere la ragione stessa che si pone a fondamento dell'applicabilità dell'*entire fairness*. Si noti, in quest'ottica, come tutte le considerazioni tecniche operate dai giudici nella pronuncia, probabilmente nell'intento di non minare le fondamenta del sistema, ruotano attorno appunto all'idoneità di una procedura così organizzata a riportare la situazione nell'ambito della normalità e a rispondere a quanto sarebbe altrimenti richiesto da un *entire fairness test* in termini soprattutto di *fair price*.

Attesa l'importanza dell'effetto, nessuna sorpresa che entrambe le Corti abbiano prestato particolare attenzione alla ricostruzione dell'esatta strutturazione che l'operazione deve *in toto* realizzare, lungo sei specifici momenti: *"(i) the controller conditions the procession of the transaction on the approval of both a Special Committee and a majority of the minority stockholders; (ii) the Special Committee is independent; (iii) the Special Committee is empowered to freely select its own advisors and to say no definitely; (iv) the Special Committee meets its duty of care in negotiating a fair price; (v) the vote of the minority is informed; and (vi) there is no coercion of the minority*".

Spetterà all'attore in sede di *pleading* allegare una serie di fatti che ragionevolmente provino come una o più delle condizioni elencate non si sia verificata; in caso contrario, l'istanza non resisterà a una *motion to dismiss* e non potrà nemmeno procedere alla fase della *discovery*[93]. Ma è parimenti ovvio che nella procedura si annidano pure i meccanismi che consentono a una corte di ripristinare un sindacato più penetrante, dalla informazione che deve essere completa all'assenza di *coercion*.

---

[91] In re M&F Worldwide Corp. Shareholders Litigation, cit., 510 e 528; Kahn v. M&F Worldwide Corp., cit., 646. La terminologia impiegata e precipuamente riportata vividamente restituisce il pensiero dei giudici.

[92] Nella decisione i giudici utilizzano proprio l'espressione "*negotiating agents*" per qualificare gli amministratori indipendenti che prendono parte allo *special committee*. In re M&F Worldwide Corp. Shareholders Litigation, cit., 529 e Kahn v. M&F Worldwide Corp., cit., 647.

[93] Ivi, 657. In re Books-a-Million, Inc., Stockholder Litigation, C.A. No. 11343-VCL (Del. Ch. 10 ottobre 2016) – peraltro confermato dalla Supreme Court con *order* del 22 maggio 2017, si legge – anche citando Swomley v. Schlecht, 2014 WL 4470947, 20 (Del. Ch. 27 agosto 2014), confermato dalla Corte Suprema, 128 A.3d 992 (Del. 2015) –: "*Compliance with the M&F Worldwide structure can be tested on a motion to dismiss If the defendants have described their adherence to the elements identified in M&F Worldwide «in a public way suitable for judicial notice, such as board resolutions and a proxy statement,» then the court will apply the business judgment rule at the motion to dismiss stage unless the plaintiff has «pled facts sufficient to call into question the existence of those elements»*".

Nel caso di specie, tutti i predetti requisiti trovavano corrispondenza nella procedura concretamente seguita, se è vero che, alla luce della propria proposta pervenuta dal *controlling stockholder* della società, MacAndrews & Forbes, il *board* aveva nominato uno *special committee* di amministratori indipendenti con il potere di valutare la proposta, di negoziare con MacAndrews & Forbes e di formulare *recommendation* al consiglio, il quale non avrebbe approvato l'operazione senza il parare favorevole del medesimo comitato; comitato il quale peraltro, nelle proprie conclusioni, veniva chiamato a valutare se l'accordo raggiunto fosse *fair* e nel *best interest* della minoranza nonché veniva dotato del potere incaricare propri legali e consulenti finanziari, come in concreto aveva poi fatto. Non solo, ma condivise tutte le informazioni da M&F Worldwide e, dopo una significativa contrattazione, con rialzo dell'offerta e parere favorevole dell'*advisor* incaricato, l'accordo finale era stato rimesso e approvato anche dagli azionisti – cui era stata offerta di nuovo un'ampia informativa anche storica e finanziaria – e, tra questi, dalla maggioranza di quelli di minoranza[94].

Di là dal quadro evolutivo descritto, quindi, i fatti ben si prestavano a una pronuncia che garantisse l'effetto di cleansing. Ma, alla luce gli effetti che sul sistema della *litigation* la regola è destinata ad avere, l'indagine non si può arrestare all'illustrazione del principio e delle sue dinamiche e motivazioni più strette.

7. Deve innanzitutto sottolinearsi come, nel vivace dibattitto originato dalle due pronunce in commento, appaiano di gran lunga prevalenti le opinioni favorevoli rispetto alle voci critiche. La ragione è, come accennato, anche essenzialmente tecnica, giacché da più parti si è ribadita la riconduzione in una linea unica e coerente della regole di *judicial review* per casi di fatto liminari o comunque assai prossimi. L'eliminazione di una per alcuni versi ingiustificata sperequazione è, in tal senso, il primo motivo di consenso verso i principi affermati in Corwin e di M&F Worldwide.

È pure possibile che in sottofondo, più o meno latente, si muova la menzionata malcelata avversione per qualsivoglia *second-guess* ad opera di una corte.

La valutazione prospettica, però, non può che avvalersi *in primis* dei riscontri che, nel tempo trascorso dalle prime due decisioni, possono già registrarsi sul fronte della diffusione quantitativa e qualitativa.

I dati, dunque, forniscono la misura non solo della supposta importanza in termini di assetto generale dei controlli e incidenza sul *private enforcement*, ma pure danno ragione alla capacità deflattiva del carico giudiziario che può essere entrata nella valuta-

[94] Prima dell'operazione MacAndrews & Forbes deteneva il 43.3% delle azioni di M&F Worldwide; rispetto all'iniziale offerta di 24$ per azione, a seguito della trattativa, la proposta finale si era attestata sui 25$ per azione; infine, nel *proxy statement* predisposto per l'approvazione assembleare erano riportati la ricostruzione della trattativa, cinque diversi *range* di valore che l'*advisor* finanziario aveva prodotto impiegando diverse analisi finanziarie nonché la raccomandazione di voto favorevole. L'operazione era stata così approvata dal 65% degli azionisti di minoranza. V. altresì le riflessioni sulle motivazioni addotte a fondamento delle difese, per lo più in diritto, di D. WILSON, *op. cit.*, p. 648 ss. e I. FIEGENBAUM, *op. cit.*, p. 26-32.

zione dei giudici – anche se questo, come detto, potrebbe profilarsi al pari di un argomento *post hoc* e *propter hoc*.

Se la questione centrale va quindi individuata, in chiave appunto prospettica, nella definizione del perimetro di estensione del *cleansing effect* – *rectius*, nell'accertamento della sua portata – il carattere dominante del dibattito in ordine all'operatività degli *standard* fiduciari nel quadro della *corporate governance* e dell'equilibrio dei *capital market* porta, come si accennava, a svalutare l'importanza esclusiva delle circostanze di fatto *case-by-case* (pur decisive nel quadro dei meccanismi di vincolatività del precedente in *common law*) per annettere alla discussione i rilievi in termini di *policy* cui si faceva riferimento *supra*.

In altre parole, dalla sintesi di Corwin e M&F Worldwide emerge un quadro "regolatorio" che parrebbe analitico e sufficientemente strutturato, se definito alla luce delle fattispecie astrattamente considerate: (i) in assenza di *controlling stockholder* (Corwin) il *cleansing effect* è garantito dall'unico – benché "composito" – requisito della *fully informed uncoerced disinterested stockholder ratification*; (ii) in presenza di *controlling stockholder* (M&F Worldwide), al requisito *sub* (i) va aggiunta la concorde delibera dello *special committee of disinterested directors*. Tuttavia, l'atteggiamento della giurisprudenza immediatamente successiva mostra, da un lato, la semplicità con cui l'applicazione può essere esclusa eccependo difformità nelle circostanze di fatto e, dall'altro, – simmetricamente – come sia effettivamente possibile, astraendo – pur senza necessariamente esplicitarlo – il principio a categoria generale, forzare le maglie dell'approccio casistico e derivarne un impianto sistematico, con un buon grado di astrazione[95].

Si pensi, per fare solo alcuni esempi, al caso Saba Software, in cui l'applicazione di Corwin è stata esclusa per via di "*unusual and egregious circumstances*"[96], rispetto ai cui "*unusual facts of the case*", però, potrebbe ben argomentarsi *in senso contrario* ovverosia concludendo *a fortiori* come il *trend* di Corwin risulti confermato – e la regola possa essere disapplicata solo in circostanze eccezionali, avendo, dunque, portata generale.

O parallelamente, si consideri il caso Volcano, laddove il *cleansing effect*, che in Corwin si riferiva a un *second-step merger*, è stato invece esteso all'accettazione di una *tender offer*[97]. O, ancora, i casi Solera[98] e Singh[99], ove la Corte ha garantito il *cleansing effect* nonostante fossero state sollevate eccezioni in ordine all'effettività dell'informativa ai

[95] Per un'approfondita rassegna della giurisprudenza *post*-Corwin delle Corti del Delaware, cfr. R. R. REDER, *Delaware Supreme Court clarifies "cleansing effect" of fully informed stockholder vote*, in *Vand. Law Rev. En Banc*, 2016, vol. 69, p. 221; ivi ID., *Delaware Chancery Court extends "cleansing effect" of stockhoolder approval under KKR to two-step acquisition structure*, p. 227; R. R. REDER, T. M. BURBA, *Delaware Courts diverge on whether "cleansing effect" of Corwin applies to duty of loyalty claims*, in *Vand. Law Rev. En Banc*, 2017, vol. 70, p. 1; ivi ID., *Delaware Courts confront question whether "cleansing effect" of Corwin applies to duty of loyalty claims*, p. 35.

[96] In re Saba Software, Inc. Stockholder Litigation, C.A. No. 10697-VCS (Del. Ch. 31 marzo 2017, *rev.* 11 aprile 2017). Si tratta in effetti del primo caso in cui la *Delaware Court of Chancery* ha rifiutato espressamente l'applicazione del "*cleansing*" di Corwin.

[97] In Re Volcano Corp. Shareholders Litigation, 143 A.3d 727, 738 (Del. Ch. 2016).

[98] In Re Solera Holdings, Inc. Shareholders Litigation, 2017 WL 57839 (Del. Ch. 5 gennaio 2017).

[99] Singh v. Attenborough (Zale III), 137 A.3d 151 (Del. 2016).

soci e pur in presenza di un conclamato interesse degli amministratori nell'operazione, espressamente rilevando come la *business judgment rule*, in presenza della *ratification* di cui sopra, possa lasciare spazio a *standard* valutativi più severi solo a fronte – rispettivamente – della prova di *waste* o *gross negligence*.

E ciò, infine, a non voler richiamare la già citata decisione in Larkin, che ha sottolineato la portata generale di Corwin e la sua applicabilità anche ai *duty of loyalty claim* e del suo contraltare logico – Sciabacucchi v Liberty Broadband[100]– in cui il *plaintiff* è riuscito a dimostrare circostanze di fatto sufficienti a delineare una *structural coercion* in danno dei soci di minoranza, escludendo così il *cleansing effect*.

Con più specifico riferimento a M&F Worldwide, poi, deve anche rilevarsi come l'estensione del suo perimetro risenta della distinzione tra *going-concern* e *going-private transactions*, che ne contiene la portata generale nei limiti specifici della singola categoria[101].

Per contro, la forza del nuovo orientamento ha valicato i confini dello Stato: In re Kenneth Cole[102], la *Court of Appeals* di New York ha espressamente aderito alla regola di M&F Worldwide, affermando con convinta precisione lo MFW-*standard* e rimarcando come "*conclusory allegations or bare legal assertions with no factual specificity are not sufficient, and will not survive a motion to dismiss*"; di guisa che in assenza di concreti riscontri, il *complaint* non supererà nemmeno il *pleadings stage*. Peraltro, la pronuncia appare ricercare precipuamente la predetta adesione, se è vero che l'azione era già stata oggetto di *dismissal* presso il giudice di prime cure; ma in appello, anche a fronte di un ricorso che invocava l'applicazione dell'*entire fairness standard* a tutti i casi di *going-private merger*, la Corte ha inteso affrontare il tema dei criteri di sindacato, richiamare il recente M&F Worldwide e riportare il principio applicabile nello Stato di New York in linea con quello del Delaware – con ciò affermando il superamento di Alpert v. 28 Williams St. Corp.[103], fino ad allora applicato.

---

[100] C.A. No. 11418-VCG (Del. Ch. 31 maggio 2017). La questione della *structural coercion* è peraltro riscontrabile nell'immediato precedente di In re Massey Energy Co. Derivative & Class Action Litigation, C.A. No. 5430-CB (Del. Ch. 4 maggio 2017), in cui i contorni dell'operazione erano però assai diversi.

[101] D'altronde, come segnala I. FIEGENBAUM, *op. cit.*, p. 38, "*a critical distinction between going concern and going private related party transactions is the procedural avenue that a stockholder must follow. Under established Delaware law, going concern claims must be vindicated via a derivative suit, while going private claims are pursued via a class action lawsuit. This distinction is significant*".

[102] In re Kenneth Cole Prod., Inc., Shareholder Litigation, 2016 WL 2350133 (2016). Il caso riguadava la proposta operata dall'azionista di maggioranza – Kenneth Cole, detentore dell'89% dei voti circa per un *going-private* della società Kenneth Cole Production appunto. All'uopo, il consiglio di amministrazione, senza la presenza dello stesso Cole, aveva nominato uno *special committee*, con due amministratori eletti dalla classe A delle azioni – delle quali Cole possedeva il 46% – e due dalla classe B delle azioni – tutte riconducibili allo stesso Cole. Tale comitato avrebbe così valutato l'offerta, mentre Cole aveva dichiarato che come azionista non avrebbe votato in favore di alcuna diversa operazione da quella approvata dal comitato e che, ove l'operazione stessa non fosse giunta a conclusione, nessuna conseguenza avversa ciò avrebbe avuto per i rapporti con e intrasocietari. Dopo lunga negoziazione, l'offerta era stata accettata, peraltro a un prezzo superiore a quello originariamente proposto, e approvata con il 99,8% dei voti della minoranza azionaria. Ciò nonostante, erano state intentate talune *class action* affermando la *lack in independence* e la violazione dei doveri fiduciari – per non aver cercato altre offerte.

[103] 63 NY2.d 557 (1984).

E allora, per tornare alle riflessioni iniziali, dal quadro sistematico deve estrarsi un principio di fondo – il *trend* cui si accennava – che giustifichi un intervento così profondo sul meccanismo principale del capitalismo manageriale, valvola di apertura verso il mercato della *corporate governance* (appunto la *business judgment rule*) e al tempo stesso ne sia funzione.

Non può omettersi di sottolineare, in questo senso, come l'efficacia deterrente della generalizzazione del principio – il *cleansing effect* o meglio il ritorno per suo tramite alla *business judgment rule* – appaia evidente; a risultare disincentivate, peraltro, non sono solo le azioni dilatorie o puramente strumentali, ma altresì quelle che si innestano nell'ambito di una *corporate transaction* realizzata a condizioni di mercato e con modalità "*fair*" nei rapporti endosocietari.

Il passaggio successivo, una volta affermato il ruolo *pivotal* della *business judgment rule* e accertato l'atteggiamento programmatico del *common law*, dovrebbe portare a interrogarsi su chi benefici di ciò in senso più generale, vale a dire non in prima battuta; o almeno a chi fossero diretti questi benefici nel ragionamento della Corte.

La questione si sposta, quindi, nella direzione del bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti nel fenomeno e, ancor più intensamente, in tutte le operazioni straordinarie Si disvelano, così, problematiche assai più profonde e rischi ben più evidenti se ci si avventura, ad esempio, lungo il percorso della definizione del perimetro della delega gestoria per evidenziare l'irritualità della chiamata al voto dei *disinterested stockholder*[104] o se si rileva come la minoranza di quest'ultima categoria – che in realtà coincide con la "vera" minoranza azionaria – subisca in effetti un sostanziale *freezout*, totalmente schermato sul piano della validità, efficacia e responsabilità[105].

Si potrebbero evidenziare, inoltre, le caratteristiche del mercato dei capitali statunitense in termini di assetti proprietari e attivismo degli investitori istituzionali, così come, ancor prima, il peculiare rapporto tra diritto e mercato che connota la regolamentazione dell'impresa capitalistica soprattutto – ma ormai non solo – nei due principali ordinamenti di *common law* [106]. Oppure, infine, in senso critico verso una chiusura allo *scrutiny*, richiamare l'idea di una sovrapposizione tra *shareholders*, *stakeholders* e consumatori (di prodotti e servizi finanziari) nell'ambito del moderno mercato globale, tale

[104] Si pensi, al limite, alla posizione degli azionisti privilegiati e alla relative assemblee di categoria, riflettendo sulla procedimentalizzazione delle attività e dei rapporti endosocietari che li riguardano in funzione di una corretta definizione dell'interesse sociale, finalizzata al suo perseguimento. Sul tema sia consentito il rinvio a F. M. SBARBARO, A. SACCO GINEVRI, *The role of preferred shareholders in fundamental transactions*, in *Eur. Bus. Law. Rev.*, 2015, p. 765.

[105] E noto, peraltro, che anche il rapporto tra socio di controllo e azionisti di minoranza può inquadrarsi, in un'ottica di analisi economica del diritto, alla stregua di una *agency relationship*. Così, J. ARMOUR, H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *Agency problems and legal strategies*, in *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, a cura di R. KRAAKMAN, J. ARMOUR, P. DAVIES, L. ENRIQUES, H. HANSMANN, G. HERTIG, K. HOPT, H. KANDA, M, PARGENDLER, W. G. RINGE, E. ROCK, III ed., 2016, Oxford, p. 29. Si faccia altresì riferimento a S. ROSS, *The principal's problem*, in *Am. Econ. Rev.*, 1973, vol. 63, p. 134 nonché a J. W. PRATT, R. J. ZECKHAUSER, *Principals and agents: the structure of business*, Boston, 1984, *passim*.

[106] *Ex multis* v., in generale, M. R. FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992, *passim*.

da giustificare l'ingresso di altri interessi pure di matrice pubblicistica nelle valutazioni di chi è chiamato a giudicare la legittimità delle operazioni societarie – in particolar modo straordinarie – ponendo nel confronto tra funzionamento della *litigation*, con rischi di *overenforcement*, e tutela del mercato parimenti danneggiato da rischi di *underenforcement* o *underdeterrence* un difficile contemperamento.

Non serve, però, nemmeno scomodare chi ha teorizzato le criticità derivanti dalla separazione tra proprietà e controllo[107] per rendersi conto che, come insegna proprio la giurisprudenza statunitense, più la problematica è ampia e coinvolge potenzialmente interessi eterogenei, più il rimedio deve essere puntuale e colpire i comportamenti individuali; o come talvolta le scelte di *policy* intervengono a correttivo d'una urgenza o piuttosto a controbilanciamento di un eccesso o distorsione che si registri non necessariamente per decisioni precedenti non calibrate, ma anche per le reazioni del sistema e in specie dei *plaintiffs' attorney* – si direbbe, quasi a raggiungere l'equilibrio per aggiustamenti successivi.

Il novero di possibili motivazioni che hanno animato le decisioni in commento è, pertanto, ampio e variegato, ma quello che si richiama alla gestione del contenzioso, a fronte di considerazioni non prive di elementi contradditori, non può non essere tenuto in debito conto, esso stesso non come fattore a sé stante, ma che contribuisce alla regolazione del mercato.

8. Nell'indagine sulla selezione e composizione delle ragioni alla base del nuovo perimetro del *cleansing effect*, di particolare interesse, si disvelano taluni spunti comparatistici offerti da quanto accade sull'altra sponda dell'Atlantico rispetto a quella americana.

Nell'ordinamento inglese[108], infatti, le soluzioni approntate per le medesime questioni in esame segnalano un approccio *prima facie* differente il quale, nel raffronto con il punto di arrivo di Corwin e M&F Worldwide, sollecita ulteriori riflessioni e soprattutto supporta una più critica comprensione dei cambiamenti in corso. Ivi (in Inghilterra), ovverosia in un sistema notoriamente *shareholder-centric* – quantomeno rispetto a quello *board-centric* statunitense[109] –, l'approvazione degli azionisti – *rectius* della classe all'uopo

---

[107] Il riferimento è, ovviamente, all'opera di A. A. BERLE, G. C. MEANS, *The modern corporation and private property*, New York, 1932, *passim*.

[108] Invero, lo *scheme of arrangement*, in trattazione *infra*, è istituto ampiamente utilizzato anche per i *takeover* in molti ordinamenti di common law, inclusi Australia New Zealand, Hong Kong, Singapore, Malaysia, British Virgin Islands, Bermuda, Cayman Islands; sorprendentemente, invece, non negli Stati Uniti.

[109] Anche in questo caso il dibattito è ampio quanto celebre. Ove si intenda con *shareholder primacy* non l'obbligo degli amministratori di massimizzare il profitto degli azioni, principio ben radicato nella *corporate law* nordamericana – eppure oggetto di recenti rivisitazioni – bensì "*the principle of ultimate shareholder control*" (S. M. BAINBRIDGE, *Director v. Shareholder Primacy in the Convergence Debate*, in *UCLA, School of Law Research Paper* January 2002, n. 02-04, p. 2, disponibile in SSRN all'indirizzo: https://ssrn.com/abstract=299727 ohttp://dx.doi.org/10.2139/ssrn.299727), non è dubbio che l'ordinamento inglese debba qualificarsi come decisamente meno *director-oriented. Ex plurimis*, le osservazioni in J. ARMOUR, S. DEAKIN, S. KONZELMANN, *Shareholder Primacy and the Trajectory of UK Corporate Governance*, in *Brit. J. Ind. Rel.*, 2003, vol. 41, p. 531 ss. e quelle in S. M. BAINBRIDGE, *Director Primacy and*

formata – non sarà nel meccanismo maggiormente impiegato sufficiente; o, se invece che in termini di potere – prospettiva probabilmente meno felice –, si vuol discorrere in termini di tutela, l'osservazione dovrà riformularsi nel senso che il momento dell'approvazione ad opera degli azionisti non sarà l'unica e principale *sedes* fisiologica di verifica.

Procedendo per ordine: nella *company law* inglese vi sono sostanzialmente due principali modalità attraverso le quali si effettua una *going-private transaction*: una *tender offer* o uno "*scheme of arrangement*". Giacché nel primo caso, l'offerta del *bidder* deve essere accettata da azionisti che rappresentino il 90% delle azioni cui si riferisce, soglia non sempre agevolmente raggiungibile, non sorprende come più frequente sia il ricorso al citato *scheme of arragement*[110], strutturalmente non distante dal classico *merger* della legislazione del Delaware, ma operato secondo una procedura non del tutto analoga[111].

La ragione è chiara sol che si consideri la disciplina applicabile.

In materia, infatti, la *Part* 26 dello UK *Companies Act* 2006 [112] – rubricata "*Arrangements and Reconstructions*" e contenente le *sec.* da 895 a 901 –, applicabile a *compromise* o *arrangement* tra la società e i propri "*members*" o "*creditors*" o "*any class of them*", disciplina uno strumento utile a effettuare un ampio raggio di operazioni di riorganizzazione di una società o di un gruppo che siano *solvent*, ivi comprese fusioni e scissioni – come pure di ristrutturazioni in caso di insolvenza, a mezzo ad esempio di *debt for equity swap* ma non solo[113].

Orbene, con tutta evidenza, è la possibilità di organizzare in classe gli azionisti da sollecitare che rende l'istituto di comodo utilizzo per le operazioni qui in interesse – organizzazione che si rappresenta alla corte quando, "*on application*", questa sarà chiamata a convocare il *meeting* di cui alla *sec.* 896 del *Companis Act* 2006[114]. Ma è la percen-

---

Shareholder Disempowerment, in *Harv. Law Rev.*, 2005, vo. 119, p. 1735 in risposta a L. A. BEBCHUK, *The Case for Increasing Shareholder Power*, in *Harv. Law Rev.*, 2005, vo. 118, p. 883, ove riferimenti e origini del profilo.

110 I dati che dimostrano il crescente impiego di questo schema per operazioni di scalata societaria sono ben noti e riportati, con puntuale analisi critica, in J. PAYNE., *The use of schemes of arrangement to effect takeovers: a comparative analysis*, Oxford Legal Studies Research Paper, 2014, n. 1, p. 1, disponibile in SSRN all'indirizzo: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2480941.

111 Cfr. la *sec.* 251 del *Delaware General Corporation Law*.

112 Che dal 6 aprile 2008 ha sostituito la *sec.* 425 del Companies Act 1985, senza sostanziali modifiche.

113 In riferimento all'argomento in esame, nel senso qui riportato E. B. ROCK, *op. cit.*, p. 2037 ss. Più in generale, sul tema, cfr. J. TRIBE, *Companies Act Schemes of Arrangement and Rescue: the lost cousin of restructuring practice?*, in *J. of Int. Bank. Fin. Law*, 2009, p. 389 ss. Ma soprattutto, oltre a quanto già citato, v. J. PAYNE, *Schemes of Arrangement, Takeover and Minority Shareholder Protection*, in *J. Corp. Law. Stud.*, 2011, vol. 2, p. 67 ss.; ID., *Schemes of Arrangement: Theory Structure and operation*, Cambridge, 2014, p. 7 ss. In ottica europea, cfr. A. GOLDREIN, *Ready, Willing and Able, but Perhaps Not Always Acceptable: UK Schemes of Arrangement in Europe*, in *Pratt's J. Bankruptcy Law*, 2011, vol. 2, p. 113 ss.

114 È questo il primo passaggio procedurale, cui seguono il voto di soci o creditori convocati eventualmente in una o più classi e infine l'istanza di *sanction* dello *scheme* con conseguente decisione della corte e trasmissione al *Registrar* degli atti modificativi di quanto sottoposto a obblighi di registrazione. Con riguardo alle modalità di convocazione, essa deve avvenire secondo la menzionata disposizione "*in such manner as the court directs*".

tuale richiesta per il suo funzionamento che lo rende anche particolarmente desiderabile.

Lo schema – secondo una ben articolata procedura, con annessi e condivisibili obblighi informativi – richiede, infatti, l'approvazione di soci[115] che rappresentino almeno il 75% del valore della classe[116], oltre che la maggioranza numerica della classe stessa, come presente e votante nel *meeting* convocato[117].

Laddove lo schema sia approvato, si procederà poi all'ulteriore passaggio previsto dalla procedura: la corte sarà chiamata a una sorta di omologazione del medesimo, ai sensi della *sec.* 899 ("*the court may* […] *sanction the compromise or arrangement*") che, ove accordata, renderà l'accordo vincolante per tutti i soci[118].

In altri termini, nella prospettiva degli azionisti di controllo che effettuano operazioni di tal sorta e ricercano il *freezeout* della minoranza, dalla soglia del 90% delle *tender offer* si passerà a una soglia del 75% *in value* che sia "*present and voting either in person or by proxy*", oltre alla *review* della corte[119]. Certo, la percentuale rimarrà significativa e, pur ridotta in quantità e qualità per l'impiego del meccanismo di cui alla citata *Part* 26, si accompagnerà comunque all'intervento della corte tanto in sede di convocazione dei soci e verifica delle classi, tanto in successiva sede di approvazione; ma rispetto a una *tender offer* pura ne usciranno ridotti i rischi di ostruzionismo e probabilmente i correlati costi.

Nondimeno, in chiave di bilanciamento negli strumenti di controllo, anche per comprendere come la procedura dell'ordinamento inglese risponda al nodo gordiano in tema di operazioni con *controlling stockholder*, ovverosia se agli azionisti di minoranza vada concesso o meno un potere di veto sulle *transaction* e dove si realizzi la tutela effettiva di questi ultimi, è agli orientamenti giurisprudenziali che deve prestarsi attenzione; e, più che a quelli in punto di formazione della classe, a quelli in tema di *sanction* dello *scheme of arrangement* – o meglio a una combinazione di entrambi.

Vero è che nelle scelte con riguardo alla classe sembra giocarsi buona parte della partita, perché operando sulla sua composizione la soglia da raggiungersi può ben essere in concreto alterata – e la misura del potere della minoranza diluita[120]. Ma vero è anche che, probabilmente, la varietà delle situazioni concrete che possono presentarsi nel-

115 Per altri casi di creditori.

116 Se è avvenuta l'organizzazione in classe, come nel caso qui in commento.

117 V. *sec.* 899 Companies Act 2006. Se poi lo schema prevede una riduzione dello share capital della società, sarà necessaria una separata *special resolution* dei soci, con maggioranza qualificata del 75%. La giurisprudenza ha escluso che quando l'istituto in questione sia impiegato quale alternativa a una tender offer si dovrebbe richiedere una percentuale pari al 90% per la relativa approvazione. Re National Bank [1966] 1 WLR 819; Re TDG plc [2008] EWHC 2334 (Ch); [2009] 1 BCLC 445. La scelta è infatti rimessa alla società e la soglia più bassa sarà controbilanciata dal meccanismo di omologazione affidato alla corte.

118 O creditori o classe di soci o creditori, se del caso, nonché per la società o per il liquidatore o l'amministratore se la società è in liquidazione o *administration*.

119 Acutamente, E. B. ROCK, *op. cit.*, p. 2038. Un raffronto tra vantaggi offerti dello *scheme* nei contesti di *takeover* cfr. J. PAYNE., *The use of schemes*, cit., p. 9 ss.

120 Cfr. E. B. ROCK, *op. cit.*, p. 2038 ss.

la fase della selezione e convocazione della classe mal si presta a criteri particolarmente determinati con riguardo alla verifica della sua formazione.

L'analisi delle pronunce rilevanti – che fa registrare precedenti ben risalenti, come è naturale, giacché lo strumento è presente nel diritto societario inglese sin dal 1870[121] – disvela come di fatto le corti adottino un controllo caso per caso, ove l'appropriatezza della composizione della classe prima e l'omologa poi sembrano rispondere più alle implicazioni pratiche della singola decisione appunto che a un rigido *discrimen*.

Si considerino i due casi paradigmatici sul punto: In re Hellenic & General Trust[122] e Re BTR plc[123].

Nel primo, la *Chancery Division* ha affrontato la questione della composizione della classe in un'operazione dove un *controlling stockholder*, la Hambros, intendeva procedere ad acquisire il 100% delle azioni di una controllata, la Hellenic & General Trust appunto, nella quale la National Bank of Greece deteneva una partecipazione pari al 13.95%. In ragione dell'opposizione di quest'ultima risultava non praticabile una *tender offer* – non raggiungendosi la citata soglia del 90%. Hambors si era determinata, allora, a optare per uno *scheme of arrangement*, avendo altresì trasferito il proprio pacchetto del 53% a una controllata al 100% costituita *ad hoc*, la Merchandise & Investment Trust. L'accordo proposto prevedeva che le azioni della Hellenic sarebbero stato ritirate con un cambio di 48p per azione e la Hambros avrebbe ricevuto le correlative azioni di nuova emissione[124]. Nel *meeting* convocato dalla Corte su istanza della Hellenic & General Trust, lo schema era stato approvato con una percentuale ben sufficiente, il 91%; ma nel computo della classe erano entrate pure le azioni della Merchandise & Investment Trust, senza le quali la soglia del 75% non sarebbe stata in realtà raggiunta.

Nel decidere se nella composizione della classe fosse stato corretto includere questa ultima società, la pronuncia fa riferimento un caso di fine '800, ove si discorre giustappunto del significato del termine "*class*", quale gruppo di persone "*whose rights are not so dissimilar as to make it impossible for them to consult together with a view to their common interest*"[125]. Pertanto, giustappunto alla luce del comune interesse, dovrebbe ritenersi che i potenziali alienanti chiamati a consultarsi dinanzi all'offerta "*would look askance at the presence among them of a wholly owned subsidiary of the purchaser*"[126]; sicché la sostanziale diver-

[121] Perché introdotto con il *Joint Stock Companies Arrangement Act* del 1870, esattamente con la *sec.* 2, sebbene originariamente solo per i creditori. Esteso ai *member* con la *sec.* 24 del *Companies Act* 1900, è con la *sec.* 38 del *Companies Act* 1907 che trova applicazione anche fuori dall'ambito delle società in *liquidation*.

[122] [1975] 1 W.L.R.123.

[123] [1999] 2 B.C.L.C. 675 (Ch.), confermato con rigetto *del leave to appeal* in [2000] 1 B.C.L.C. 740 (C.A.).

[124] In tal modo, il soggetto che riceveva le nuove azioni non coincideva formalmente con quello che deteneva l'attuale pacchetto di maggioranza e che partecipando alla classe avrebbe concorso al voto sullo schema.

[125] Il precedente è *Sovereign Life* Assurance *Co. v. Dodd*, [1892] 2 Q.B. 573, da cui la citazione a 582, pure richiamato in In re Hellenic & General Trust, cit., 126, nonché ricostruito in E. B. ROCK, *op. cit.*, p. 2039 e in J. PAYNE., *The use of schemes*, cit., pp. 3-4.

[126] In re Hellenic & General Trust, cit., 126.

genza nelle posizioni, *recte* negli interessi, è stata ritenuta in questo caso ragione sufficiente per disporre classi separate.

È chiaro come richiedere l'articolazione delle classi per diritti omogenei o per interessi omogenei comporti effetti sostanziali assai significativi: la composizione della classe per *right* è agevole e segue un parametro oggettivo ma può comprendere soggetti portatori di ragioni ulteriori e in conflitto; quella per *interest* può eliminare queste divergenza ma risultare complessa, questionabile e attribuire un potere di veto, attraverso micro-classi, a un numero esiguo di azionisti. Quasi un dubbio tra carenza di tutela ed eccesso di tutela, a fronte del quale la giurisprudenza inglese ha inteso poi intraprendere una diversa via d'uscita, o quantomeno un contemperamento caso per caso.

Il criterio, che in Hellinic & General Trust ha consentito alla Corte di accogliere l'opposizione pur dinanzi all'organizzazione in unica classe perché identici i diritti di cui erano portatori i relativi componenti, non chiarisce – e forse non può – la dimensione di questa divergenza, lasciando ai giudici l'individuazione specifica, di volta in volta, di limiti e qualità della varietà di interessi rappresentati che possono essere o meno composti in una classe. Ancor più lascia aperta – più o meno consapevolmente – un'ulteriori possibilità, quella della tutela della minoranza nella fase successiva in cui gli stessi giudici sono chiamati a valutare se l'accordo eventualmente raggiunto dopo il voto sia *fair*; come dire, non quindi nell'indagine sulla classe ma in quella logicamente susseguente in ordine alle *fairness*.

La conclusione o meglio la lettura qui proposta – e che supera forse il potenziale *empasse* di Hellenic & General Trust – è confermata dalla seconda pronuncia *supra* menzionata, Re BTR plc, ove la Corte, riprendendo formalmente il medesimo *discrimen* di Hellenic ha poi deciso in senso opposto, secondo quella che si appalesa qui come una precipua e cosciente scelta di *policy*.

Nello *scheme* impiegato nel 1999 per un *arm's length purchase* di una *publicly traded company*, BTR appunto, verso altra *publicly traded company*, Siebe, l'argomentazione su cui si fondava l'opposizione alla *sanction* evocava proprio la disomogeneità tra gli interessi di cui erano portatori i *distinterested shareholder* partecipanti alla classe come composta: in particolare, tra quanti oltre a essere azionisti di BTR lo erano anche di Siebe e quanti invece erano solo azionisti di BTR – e come tali avrebbero in teoria avuto vantaggi unicamente dalla massimizzazione del prezzo corrisposto nello *scheme*[127].

Nondimeno, come pure considerato in analogo caso deciso dalla High Court of Hong Kong[128] ivi citato, tracciare quale sia il limite oltre il quale i titolari delle azioni della società oggetto dell'operazione devono considerarsi portatori di interessi ulteriori e divergenti o addirittura prevalenti rispetto a quelli relativi alla sola partecipazione nella società non è determinazione agevole; e con buona probabilità – al pari di quanto accennato – si appaleserebbe come un percorso nemmeno utile giacché condurrebbe a

[127] Sarebbe in tal senso risultato *inappropriate* – secondo i ricorrenti – includere entrambe queste tipologie di portatori di interessi nella medesima classe, ai sensi dell'allora applicabile *sec.* 425 del *Companies Act* 1985; il rilievo è ovviamente valido anche nella vigenza della nuova *Part* 26, *Companies Act* 2006.

[128] In re Industrial Equity (Paci c) Ltd. [1991] 2 H.K.L.R. 614 (H.C.)

una sempre crescente parcellizzazione delle classi, ove ogni differenza può suggerire la formazione di un nuovo gruppo ancor più omogeneo moltiplicando i poteri di veto e vanificando del tutto lo strumento stesso – o meglio la sua desiderabilità.

I diritti degli azionisti di minoranza, allora, trovano nella logica di BTR una miglior tutela, efficace quanto compatibile con il funzionamento dell'istituto, sì in fase di *sanction* da parte della corte ma nella valutazione generale della *fairness* dell'accordo approvato dalla o dalle classi[129].

Peraltro il criterio, rifinito e smussato con Re Hawk Insurance Co Ltd.[130] mediante la possibilità di analizzare, per comporre una *class* omogenea, i diritti non solo esistenti al momento della composizione della classe stessa ma anche da acquisirsi o come modificati a seguito dello *scheme of arrangement*[131], non consente alla corte di effettuare un completo *second-guess*, nel senso che "*provided the scheme is fair and equitable, the court will not judge its commercial merits*"[132].

Orbene, di là dalla circostanza che la linea BTR è oggi sostanzialmente il precedente di riferimento[133] in tema di classi per gli *scheme of arrangement* e la sua analisi quella prevalente in applicazione per tutti le *going-private transaction*, la breve descrizione dei fatti e il confronto tra i casi ha in questo contesto la precipua valenza di confermare l'intuizione sopra manifestata; il che val quanto dire che appare corretto affermare come nel sistema inglese lo scrutinio in sede fisiologica operato dalla corte – meno sovente in sede di approvazione della classe, più spesso nel controllo in sede di omologa – rimanga sostanzialmente il momento centrale della tutela degli azionisti di minoranza nelle operazioni con *controlling stockholder*: è qui che si evita la diluzione dei poteri dei soci sollecitati dallo schema nonché, in ultima analisi e prevalentemente, si verifica caso per caso che l'*arrangement*, pur votato dalla maggioranza qualificata, sia *fair* – in una dinamica differente da quella nordamericana e in una *review* che non giunge a quella del *fairness standard* statunitense.

E si noti come il tutto accada, ad ogni modo, secondo una linea tracciata dalla giurisprudenza d'oltremanica anche sulla scorta di un dato normativo che tanto permette – deve ritenersi consapevolmente – grazie al meccanismo della *sanction* dell'*arragement* – o meglio alla sua formulazione, per questo verso confermata nel 2006[134].

---

[129] Re BTR plc, cit., 681-682, peraltro con un significativo sforzo argomentativo volta ad affermare che la decisione non si ponesse in contraddizione con il precedente di Hellenic, ove la Corte non aveva ragionato e concluso in termini di differenze negli *interest* o nei *right*, come pure nota E. B. ROCK, *op. cit.*, p. 2039.

[130] [2001] EWCA Civ. 241. V. anche Re UDL Argos Engineering [2001] HKCFA 54.

[131] Sempre nel limite in cui le predette sottoarticolazioni non si disvelino così artificiose da lasciare lo strumento alla mercé del veto di gruppi non rappresentativi nella realtà.

[132] J. PAYNE., *The use of schemes*, cit., p. 4.

[133] Non invero pacificamente però negli altri ordinamenti di *common law* che prevedono l'istituto.

[134] In questo senso, E. B. ROCK, *op. cit.*, p. 2041, anche se l'indagine è condotta sugli stili e sulle modalità delle decisioni delle corti, in una verifica del retaggio del *legal realism*.

Vero è pure che, di là dalle potenziali suggestioni che nell'ordinamento anglosassone il *cleansing effect* della nuova giurisprudenza nordamericana potrebbe sortire e che è comunque di là da venire, dinanzi a un giudice statunitense e anche a fronte di una *stockholder ratification* la procedura di Corwin e ancor più quella di M&F Worldwide permettono comunque obiezioni di sorta, attraverso una contestazione ad esempio sulla piena informazione, sulla *coercion* appunto e sul computo nel voto di eventuali azioni latori d'interessi in conflitto; sicché il recente arretramento del sindacato giudiziale sulla materia nella *corporate law* d'oltreoceano è sì funzione di un sentire che va contestualizzato anche dal punto di vista storico – e pure nel solco dei casi precedentemente maturati –, ma lascia comunque opportune vie di fuga.

Certo, diverso è allo stato l'oggetto del sindacato nell'approccio di BTR e diversa è l'efficacia della tutela; anzi, è bene rimarcare come nella giurisprudenza inglese si sia in parte già assistito a un trascorrere da una tutela forte, con particolare attenzione alla formazione della classe, a una in cui i diversi interessi assurgono a rilevanza solo nella valutazione complessiva della *fairness* a opera della corte.

In tal senso, la distanza nelle procedure tra i due ordinamenti è variabile, nel senso che è destinata ad assumere in sostanza la misura che l'atteggiamento delle corti e la loro propensione all'intervento determineranno. Non appare invece corretto porre la differenza in tema di *shareholder primacy*, nel significato inteso; e ciò in quanto non è affatto detto che l'insufficienza dell'approvazione da parte della classe dei *member* si traduca sul piano della *governance* in un minor potere degli stessi, derivando anzi dalla prescrizione di successivo momento in cui la corte eventualmente sancisce che l'accordo è *fair* e dunque vincolante per tutti una tutela per certi versi superiore per i medesimi azionisti di minoranza.

9. Molteplici sono – come anticipato – le possibili chiavi di lettura dei nuovi orientamenti esaminati, come offerti peraltro dalla feconda letteratura che è fiorita all'indomani delle pur recenti pronunce in commento. Tutte, invero, forniscono un tassello per articolare un'indagine che aspiri a comprendere il significato dei nuovi principi anche in termini di potenzialità per la circolazione. Ma come appunto in un mosaico, esse vanno composte.

La ricerca delle più profonde ragioni all'origine delle citate evoluzioni, infatti, richiede innanzitutto che Corwin v. KKR Financial Holdings e Kahn v. M&F Worldwide siano analizzati *in unum*, in una prospettiva che superi ricostruzioni particolaristiche ed eccessivamente riduttive. In comune, le due decisioni ritrovano non solo nella *stockholder ratification* l'elemento di congiunzione; ma soprattutto registrano una precipua scelta di *policy*, ovverosia la evidente volontà delle corti del Delaware – e non solo – di limitare sostanzialmente gli spazi del sindacato con il fine ridurre la desiderabilità dell'agire in giudizio allocando *aliunde* la funzione di deterrenza verso gli abusi connessi al conflitto d'interessi nei contesti di riferimento; e segnatamente di modificare la combinazione dei controlli, riducendo il peso del *private enforcement* e delle sue funzioni di *de-*

terrence e *redressing* appunto in favore di una procedimentalizzazione del conflitto d'interessi quale strumento di *external monitor*.

Chiaramente – ed era agevolmente prevedibile – il ripristino della *business judgment rule* quale *judicial review standard* – laddove esattamente applicata la procedura più o meno articolata ora precisata – induce sì gli amministratori a sottoporre l'operazione ai momenti e ai soggetti di cui a questa procedura, con le auspicate conseguenze in ordine alla loro condotta, ma ancor più dissuade quanti vogliano contestare la *transaction* dall'agire in giudizio.

Un mutamento che con buona probabilità va dunque ben oltre la mera evoluzione della giurisprudenza sulle *going-private transaction*, la quale in una scia continua che da Lynch passa per Siliconix e Cox Communication – in particolare per l'esito di M&F Worldwide – è sicuramente elemento determinante; ma rinviene nelle più profonde motivazioni la misura della capacità di durare delle nuove regole come pure di circolare. Esse sono, infatti, uniche in entrambe le decisioni e si richiamano a convincimenti radicati, quasi ancestrali nel sentire delle corti nordamericane, che (ri)emergono e si slatentizzano in presenza delle necessarie condizioni storiche ed esigenze più o meno contingenti.

È vero che diverso è il contesto, con o senza *controlling stockholder* e dunque con bisogni di tutela più o meno penetranti – come parimenti diversi erano i parametri di sindacato di partenza (Revlon o *entire fairness*). È vero pure che ben più complessa è la procedimentalizzazione richiesta da M&F Worldwide per l'effetto – procedimentalizzazione che qui chiama in gioco gli amministratori indipendenti.

Ma fuori dall'ottica politica suggerita, differenti proposte interpretative sembrano concentrarsi sulla decisione stessa più che sui significativi effetti in termini di *corporate litigation*, di equilibri dei controlli e, quindi, di *governance* che i due nuovi precedenti sono destinati ad avere.

In tal senso, chi si richiama al *trend* della valorizzazione degli *special committee* quali "*effective mechanism for mitigating the risks associated with conflicts of interest in corporate transactions*" non erra, ma coglie una parte e non il tutto. Si intende come sia per certo vero che si conferma una tendenza iniziata già trent'anni or sono[135], vale a dire quella di confidare nella funzione degli *special committee* "*to assist directors of* […] *companies in fulfilling their fiduciary duties and thereby limit the liability of directors*" e, in particolare di servire come "*an effective proxy for a third-party negotiator on behalf of disinterested or minority shareholders*" [136]. Ma questa conclusione non è valida per Corwin. Ancor più, tace dei limiti nonché dei rischi anche sistematici sottesi all'impiego degli *independent director*.

[135] Negli anni '80, durante l'ondata delle fusioni e delle acquisizioni.

[136] S. V. SIMPSON, K. BRODY, *The Evolving Role of Special Committees in M&A Transactions: Seeking Business Judgment Rule Protection in the Context of Controlling Shareholder Transactions and Other Corporate Transactions Involving Conflicts of Interest*, in *Bus. Law.*, 2014, vol. 69, pp. 1117 ss. e in spec. p. 1145 da cui le citazioni. Il dettaglio procedurale raggiunto in M&F Worldwide è pure pienamente coerente con la consuetudine sviluppata dagli stessi giudici di Delaware di offrire una *substantial guidance* su ciò che costituisce un *well-run special committee* e sulle correlate regole per assolvere al proprio ruolo nello specifico contesto.

Come è intuibile – nonché noto –, la consuetudine sempre più invalsa di includere amministratori indipendenti nei consigli e assegnar loro funzioni di crescente importanza attiva un meccanismo di controllo che come tutti i meccanismi presenta dei costi. Al pari di quanto segnalato, questa tipologia di amministratori in quanto "esterni" è sovente carente di conoscenze operative specifiche, quantomeno con riguardo alla società del cui consiglio di amministrazione fanno parte. Non solo, ma questi possono mancare di "*firm-specific commitment to their companies and all their stakeholders*". Quando la percentuale di *independent director* diventa nel consiglio di amministrazione numericamente rilevante, allora, questi rischi assumono un'estensione non trascurabile che può, sull'altare dell'implementazione del sistema di controllo non giurisdizionale, sacrificare importanti competenze manageriali e così investire in una certa misura l'efficienza stessa della gestione.

Orbene, non vi è chi non veda come incrementare di tali figure anche le funzioni, affidando loro il compito di fungere da meccanismo che riporta l'operazione in conflitto nell'ambito dell'*arm's lenght bargain*, accresce la dimensione di questi costi[137].

Né può ritenersi ragionevolmente che le così esperte corti del Delaware abbiano abbracciato fideisticamente una strategia di cui non ignorano i limiti; o meglio, che tale argomento possa essere stato trascurato nell'adozione di una soluzione, quella di M&F Worldwide, a lungo ragionata.

Ne discende che pure la devoluzione del controllo, *rectius* della gestione stessa del conflitto, a siffatti strumenti non può essere fine a se stessa o rispondere a mode di sorta, per quanto durature; nel senso che non può costituire una chiave di lettura unica o una motivazione preponderante.

E ancora: altrove, si è rimarcato come *M&F Worldwide* sia coerente con una tendenza recessiva dei principi di cui in Lynch; e come si ponga sotto questo profilo quasi in continuità con quanto gradualmente emerso negli ultimi anni[138]. Con riferimento a Corwin, pure si è autorevolmente segnalato l'arretramento di Revlon – quasi che questo approccio abbia dopo trent'anni rivelato i segni del tempo trascorso[139]. E con queste decisioni e con la loro progenie si è infine salutato il superamento – parziale o, meglio, condizionato – di talune sperequazioni di trattamento tra *standard* applicabili in situazioni non dissimili: si consideri la citata disparità che sussisteva tra la regola (la *business judgment rule*) applicabile in ossequio a Siliconix per una *tender offer* e quella applicabile in ragione di Lynch, prima senza eccezioni, per un *going-private merger*.

---

137 Da ultimo, T. N. MIRVIS, W. SAVITT, *The Dangers of Independent Directors*, in *Del. J. Corp. Law*, 2016, vol. 40, n. 2, p. 481 da cui la citazione; ivi peraltro le relative indicazioni statistiche, di non poco momento.

138 D. WILSON, *op. cit.*, p. 646 e p. 655 ss.; cfr. *sub* nota 8.

139 V. i riferimenti già effettuati a L P.Q. JOHNSON, R. RICCA, *op. cit.*, p. 167 ss.; e M. MANESH, *Nearing 30*, cit., p. 107 ss., ove i dati sulle injuction non concesse pur in applicazione dei principi di Revlon; ivi, a p. 145 il quale rispetto alla critica dei primi due Autori, si legge: "*What the coauthors perceive to be the dwindling of Revlon as an enforceable legal directive may actually reflect the hegemony of the doctrine's unitary shareholder focus in corporate culture and boardroom discussions. If Revlon is dwindling, it is happening from outside of corporate law, where competing bodies of law have emerged, rejecting or dispensing of the doctrine's fiduciary mandate. Viewed from this broader perspective, the dwindling of Revlon may simply be a part of a larger narrative: the dwindling of the corporate form as the only way to do business*".

Tutte ricostruzioni che aggiungono del vero all'analisi; ma che non bastano, perché ci si potrebbe altresì spingere oltre: se i *judicial review standard*, segnando in maniera sostanziale come è ovvio la probabilità di accoglimento dell'istanza, rappresentano una valvola che restituisce sul piano della tutela – quello invero più importante – la percezione sociale – qui soprattutto del mercato – dell'accettabilità dei rischi di un determinato tipo di operazioni, allora le corti potrebbero aver colto un momento storico nel quale, tramontati gli echi dell'ultima crisi e con essa i proclami di una più stringente regolamentazione, apparisse come opportuna e accettabile la devoluzione a meccanismi esterni del controllo con riguardo a queste situazioni di pericolo. In altri termini, a fronte di parametri di sindacato che costituiscono in termini di politica del diritto la cartina al tornasole della pericolosità avvertita e delle correlate urgenze di tutela, si pongono due pronunce immediatamente seguite anche fuori dal Delaware – e pure estese con Volcano in relazione a Corwin – che danno conto di una per così dire desensibilizzazione delle corti sulla materia *de qua*. O semplicemente, le corti hanno portato a termine un percorso che a queste dinamiche risponde, ma iniziato ben prima dell'ultima crisi e del correlato (tentativo di) rafforzamento delle regole di controllo.

D'altronde, come affermato in Corwin e già richiamato, non appare utile né logico sindacare una decisione assunta da un *decision-maker* non in conflitto d'interessi, in possesso di maggiori informazioni e competenze, nel caso degli amministratori in situazioni ordinarie (non di conflitto d'interessi), o di informazioni e partecipazione azionaria in gioco, nel caso degli *informed*, *disinterested stockholder* chiamati qui a esprimersi[140]. Si è sottolineato anche come "*particularly when more than one fully-functioning monitor is active, these monitors present a formidable reason for courts not to intervene*"[141], secondo una riflessione che si appoggia giustappunto a questa tendenza.

Peraltro, già lo scrutinio operato in applicazione di Revlon era stato criticato in ordine alla sua reale capacità di funzionare in maniera penetrante, se è vero che ivi lo *standard* richiedeva agli amministratori decisioni "*reasonable, not perfect*"[142] e che, dunque i giudici non avrebbero proceduto a un sindacato "meticoloso" di decisioni pure discutibili[143]. E ad ogni buon conto, la prova della mala fede – *sub specie* di *intentional disregard* dei propri doveri fiduciari o di azione per *improper motive* – è per solito onere non agevole da assolvere, dacché ottenere la concessione di una *injuction* o il riconoscimento di un risarcimento in Revlon-*land* non è in pratica mai stato facile. Per contro, un effetto deflattivo particolarmente significativo è destinato a esser prodotto da M&F Worldwide e dalla sua linea.

E qui, forse, si tocca il profilo che davvero si staglia come predominante e che nel quadro generale della *litigation* del settore potrebbe rinvenirsi il solco in cui i nuovi

[140] Corwin v. KKR Financial Holdings, cit., 312.
[141] Cfr. M. SIEGEL, *op. cit.*, p. 668.
[142] Lyondell Chem. Co. v. Ryan, 970 A.2d 235, 243 (Del. 2009). Nello stesso senso, Paramount Communications Inc. v. QVC, Inc., cit., 45, ove già precisato come alla luce di Revlon le corti siano chiamate a interrogarsi su "*whether the directors made a reasonable decision, not a perfect decision*" – anche cit. in M. MANESH, *Nearing 30*, cit., p. 135.
[143] V. L P.Q. JOHNSON, R. RICCA, *op. cit.*, p. 222.

principi di Corwin e M&F Worldwide e dei casi successivi possono ascriversi. Che sia o meno la componente essenziale che ha determinato le corti a modificare l'assetto dei controlli accentuando l'atavica tendenza menzionata, il potenziale impatto su di un carico giudiziario in materia divenuto non agevolmente sostenibile – e pure non privo di eccessi – è così evidente che non può non essere entrato nella valutazione dei giudici. Anzi, laddove si ritenga che il risultato dei due precedenti sia principalmente una maggior tutela degli amministratori più che degli azionisti, potrebbe finanche sostenersi come proprio l'urgenza di rispondere al costante e sensibile incremento delle azioni e ancor più di porre un freno alle *strike* o *frivolous suit* abbia verosimilmente indotto la giurisprudenza ad anticipare i tempi o a muoversi fuori sincro rispetto a quella percezione sociale cui si è fatto prima riferimento.

In quest'ottica, siffatta strategia deflattiva o comunque di gestione del contenzioso trova anche in altre decisioni della medesima Corte riscontri importanti. Si pensi per un verso alla legittimità delle clausole statutarie di *fee-shifting* sancita dal caso ATP Tour, Inc. v. Deutscher Tennis Bund[144] – decisione questa che proprio sulla *corporate litigation* rischia di sortire effetti sì drastici da allarmare legislatore e dottrina[145]; e per altro verso al subito celebre In Re Trulia[146] con cui, facendo seguito alle perplessità già espresse nelle delibazioni in ordine ad alcune transazioni nel corso del 2015, la stessa *Chancery Court* del Delaware nel gennaio 2016 ha chiuso ai *merger litigation settlement* che non comportino un beneficio sostanziale per gli azionisti – e nel caso di specie ha negato l'approvazione di un c.d. *disclosure-only settlement* che peraltro non comportava alcuna *material disclosure*[147].

O ancora si considerino quelle modifiche apportate nel 2015 al *Delaware General Corporation Law* che legittimano espressamente l'adozione di clausole di *forum-selection*

144 91 A.3d 554 (Del. 2014).

145 Tanto da suggerire un titolo particolarmente evocativo a un recente saggio sul tema: M. LEBOVITCH, J. VAN KWAWEGEN, *Of Babies and Bathwater: Deterring Frivolous Stockholder Suits Without Closing the Courthouse Doors to Legitimate Claims*, in *Del. J. Corp. Law*, 2016, vol. 40, p. 491 ss. V. anche S. GRIFFITH, *Correcting Corporate Benefit: How to Fix Shareholder Litigation by Shifting the Doctrine on Fees*, *Bos. Coll. Law Rev.*, 2015, vol. 56, p. 1 ss. ; : A. HAMERMESH, *How Long Do We Have to Play the "Great Game"?*, in *Iowa Law Rev. Bull.*, 2015, vol. 100, p. 31 ss.; V. WINSHIP, *Contracting Around Securities Litigation: Some Thoughts on the Scope of Litigation Bylaws*, in *SMU Law Rev.*, 2015, vol. 68 p. 913 ss.; ID., *Shareholder Litigation by Contract*, in *Bos. Univ. Law Rev.*, 2016, vol. 96, p. 485 ss.; J. R. BROWN, JR., *The Future Direction of Delaware Law (Including a Brief Exegesis on Fee Shifting Bylaws)*, in *Den. Univ. Law Rev. Online*, 2015, vol. 92, p. 51 ss.; S. M. BAINBRIDGE, *Fee-shifting: Delaware Self-inflicted Wound*, in *Del. J. Corp. Law*, 2016, vol. 40. P. 852 ss.; J. E. FISH, *The New Governance and the Challenge of Litigation Bylaws*, in *Brook. Law Rev.*, 2016, vol. 81, n. 4, p. 1637.

146 In re Trulia, Inc. Shareholder Litigation, 129 A.3d 884 (Del. Ch. 2016), su cui v. S. J., GRIFFITH, *Private Ordering Post-Trulia: Why No Pay Provisions Can Fix the Deal Tax and Forum Selection Provisions Can't*, in *The Corporate Contract in Changing Times*, a cura di S. DAVIDOFF SOLOMON, R. S. THOMAS, 2017, in corso di pubblicazione e disponibile in SSRN all'indirizzo: https://ssrn.com/abstract=2855950; nonché M. D. CAIN, J. E. FISCH, S. DAVIDOFF SOLOMON, R. S. THOMAS, *The Shifting Tides of Merger Litigation*, in *Vand. Law Rev.*, in corso di pubblicazione e disponibile in SSRN all'indirizzo: https://ssrn.com/abstract=2922121.

147 O si rivelava anche solo "*helpful to Trulia's stockholders*": In re Trulia, cit., 924.

negli statuti societari, con lo scopo di contenere l'ondata di "*multi-jurisdiction suits*" giustappunto nell'ambito delle operazioni di fusione e acquisizione[148].

E ciò a tacere delle numerose voci critiche – di cui alla breve rassegna già offerta – che da tempo non hanno mancato di invocare un argine all'eccesivo ricorso alle corti e a tutte le distorsioni del sistema appena elencate.

Non vi è dubbio che sotto questo profilo l'analisi assurge a un'ampiezza e a una complessità che chiamano in causa il vasto novero di strumenti processuali disponibili nella *corporate litigation* statunitense, dalla disciplina del processo più in generale alle previsioni sulle spese di lite appunto fino a quelle ancor più note sulla legittimazione – che permettono *derivative action* e *class action*. Tuttavia, anche solo la convergenza verso gli effetti deflattivi illustrati e la scansione cronologica pur restituiscono più di un indizio.

In tal senso, è davvero difficile sostenere che gli arresti in commento non siano parte di quella che è già stata definita come un'inversione nel flusso della marea[149].

D'altro canto, ferme le dovute cautele, è pure vero che, se è discussa l'effettiva idoneità delle procedure cristallizzate da Corwin e M&F Worldwide a mitigare i segnalati rischi, già evidente è invece il ricorso alla strutturazione dei *going-private merger* secondo le nuove procedure, come pure il decremento sostanziale del correlato contenzioso[150].

Prima dell'evoluzione in commento, con l'*entire fairness standard* applicabile nel solco di Lynch, sostanzialmente ogni azione avverso un *going-private merger* con *controlling stockholder* sopravviveva a una *motion to dismiss*; sicché ogni singola azione possedeva, di là dal fondamento su cui era costruita, un "*settlement value to plaintiffs' attorneys, since they knew that the defendant controlling shareholders would rather pay to make the case go away than to fight them through the discovery stage and beyond*"[151]. Un valore, quindi, in termini transattivi per i legali che operano come *bounty hunter* ancora una volta in un meccanismo che favorisce più la remunerazione delle *law firm* che l'*enforcement* di una violazione di un *fiduciary duty* per opera del privato – e dunque con costi probabili ma senza comprovati effetti di controllo sul conflitto d'interessi in queste operazioni.

Dinanzi a ciò, non può che appalesarsi in tutta la propria forza la conclusione secondo cui il *cleansing effect* sia soprattutto un correttivo a una distorsione.

Peraltro, ritornando alla precipua valutazione della nuova regola, di là dalla riduzione dei rischi di azioni vessatorie o para-estorsive, la procedimentalizzazione ora introdotta, anche ove la si ritenga di dubbia efficacia in valore assoluto, potrebbe comunque rivelare una capacità di deterrenza superiore nonché consentire agli *independent*

---

148 Del. Code Ann., Tit. 8, secc. 102(b) (4), 109(b), peraltro codificando un principio già affermato dalla Chancery Court in Boilermakers Local 154 Retirement Fund v. Chevron Corp., 73 A.3d 934 (Del. Ch. 2013).

149 M. D. CAIN, J. E. FISCH, S. DAVIDOFF SOLOMON, R. S. THOMAS, *op. cit.*

150 Effetto questo salutato con ampio favore e ovviamente visibile in particolare come conseguenza della seconda decisione nel relativo contesto Per tutti, cfr. D. WILSON, *op. cit.*, p. 670 ss. V. pure il giudizio favorevole di F. RESTREPO, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 222 ss.

151 Così efficacemente, ancora D. WILSON, *op. cit.*, p. 671.

director nel caso di *controlling stockholder* di ottenere condizioni più eque o finanche fermare la *transaction*.

L'analisi sul piano dei poteri è quindi fuorviante, giacché a render più efficace la tutela degli azionisti non è l'affermazione di un potere di *ratification* alle condizioni illustrate con susseguente *cleansing effect*, quanto piuttosto ciò che risulti dal nuovo assetto dei controlli ottenuto con la sostituzione del *private enforcement* con le procedure di Corwin e ancor più di M&F Worldwide. Come dire, sì maggior tutela degli amministratori particolarmente nei contesti già Lynch – dal momento che come detto nei casi Revlon già ridotte nei fatti erano le possibilità di superare persino il *pleadings stage* –; ma anche una possibile maggior tutela degli azionisti e non per il nuovo potere (ed effetto collegato) quanto per la nuova strutturazione dell'operazione cui gli amministratori saranno ora indotti; strutturazione che in un caso più che nell'altro non elide ma potrebbe almeno contemperare la forza persuasiva e l'asimmetria informativa – e non solo – che connota il più volte richiamato "800-*pound gorilla*"[152].

A ragionare sul piano dei poteri e della idoneità del nuovo effetto derivante dalla *ratification* a vincere il noto fenomeno del *rational apathy* associata al voto assembleare non si giunge, per contro, lontano. È vero che, richiedendosi la maggioranza di una minoranza non portatrice di un interesse ulteriore nell'operazione, il voto di questi ultimi azionisti avrà peso assai superiore; ed è vero che, ancora in teoria, ciò dovrebbe rappresentare un più forte incentivo ad acquisire le necessarie informazioni per esercitare il diritto di voto. Nondimeno, l'esperienza dimostra come in pratica tutto questo non si disveli necessariamente una garanzia di partecipazione informata o comunque una soluzione anche parziale dell'apatia menzionata.

Di là dal fatto che, al pari di quanto richiamato nell'indagine sulle classi dello *scheme of arrangement* di diritto inglese, gli azionisti di minoranza sono assai variegati e sovente portatori di interessi divergenti, è stato correttamente osservato come "*the high costs associated with becoming informed and the division of potential benefits conspire to preclude minority stockholders from actually carrying out this endeavor*"[153].

Al più, essi seguiranno le raccomandazioni dei *proxy advisor*, che nemmeno sono garanzia di efficienza nel controllo, particolarmente nel contesto di riferimento[154]; sem-

---

[152] In un superamento dei timori espressi da L. E. STRINE, JR., *op. cit.*, p. 509 in occasione del commento al caso Tremont e alla metafora del gorilla – vale a dire dell'opinione secondo cui nemmeno un potere di veto offerto ad amministratori indipendenti e minoranza dissiperebbe i dubbi sulla capacità e sulla forza degli azionisti di controllo di realizzare l'operazione a proprio vantaggio e in danno degli altri. Cfr. *sub* par. 3.

[153] I. FIEGENBAUM, *op. cit.*, p. 36. Rimarrebbero, vale dire, prevalenti le ragioni che inducono la minoranza a non essere attiva e generalmente a non costituire in sede assembleare un valido controllore. D'altronde, ivi a p. 35 si ricorda come "*forming an educated opinion about business intricacies requires the stockholder to collect and process a vast amount of information. Owing to the minute share ownership of most minority stockholders, chances are that most stockholders do not play a pivotal role in the vote. In addition, any benefits that a value-producing vote accrues to the corporation will be distributed among all stockholders. As a result, the expected benefits of an informed vote are microscopic and at the very best marginally related to the incurred costs*".

[154] Cfr., *ex multis*, S. J., CHOI, J. E., FISCH, M. KAHAN, T*he Power of Proxy Advisors: Mith or Reality?*, in *Emory Law J.*, 2010, vol. 59, p. 869 ss. A. EKSTEIN, *Great Expectations: The Peril of an Expectations Gap in Proxy*

pre che, mutati da azionisti non determinanti in possessori di un potenziale *swing-vote*, non impieghino l'insperato potere per conseguire utilità ulteriori e personali, intraprendendo condotte *rent-seeking* di sorta[155].

Ad ogni modo, nel giudizio sulla linea perseguita da Corwin e M&F Worldwide un'altra riflessione deve essere tenuta in debito conto. La disponibilità di una strutturazione dell'operazione che consente di invocare la *business judgment rule* nell'eventuale azione avverso la decisione adottata non significa, al pari di quanto discusso, che le corti abbiano abdicato a ogni controllo, fideisticamente rimettendosi alla procedimentalizzazione prescelta e *in parte qua* all'*external monitor*. Piena informazione e *coercion*, *in primis*, sono valvole con le quali riaprire all'intervento, ove necessario, come In re Massey Energy dimostra. Ivi si chiarisce che Corwin – e *a fortiori* M&F Worldwide, si deve aggiungere – "*was never intended to serve as a massive eraser, exonerating corporate fiduciaries for any and all of their actions or inactions preceding their decision to undertake a transaction for which stockholder approval is obtained*"[156].

E così, la *structural coercion* – che esclude il *cleansing effect* – di Sciabacucchi v. Liberty Broadband più che una parziale retromarcia è l'impiego di un naturale meccanismo, già incastonato all'interno della procedura da Corwin e da M&F Worldwide, con il fine di ripristinare il controllo qualora opportuno – magari in ipotesi eccezionali appunto, come nel caso Philip Richter Saba Software – ed evitare un generalizzato esonero da responsabilità degli amministratori; quasi che l'obiettivo fosse *in primis* ridurre quel *settlement value* per il difensore dell'attore, non collegato ai fatti, che alimenta con tutta evidenza in ogni ambito la propensione alle azioni di disturbo e incrementa i costi del sistema senza ritorni in termini di effettivo controllo.

Anche questa circostanza non deve essere tralasciata nella valutazione dei nuovi principi. La scelta in questa complessa prospettiva non appare, allora, irragionevole.

Placati i clamori e ricondotte a lucidità le critiche come gli entusiasmi, una conclusione in senso (moderatamente) favorevole rispetto alla strada intrapresa appare con tutte le necessarie cautela la più fondata.

Rimane certo da rifinire l'estensione delle eccezionali circostanze in cui il *cleansing effect* non può operare perché non realizzate le citate condizioni soggettive prescritte.

Come pure è appare da confermare l'inapplicabilità della nuova regola alle *going-concern transaction*, secondo un'opzione che si appalesa come condivisibile alla luce delle considerazioni effettuate, soprattutto ove si ritenga che la principale finalità del nuovo strumento sia quella di arginare il dilagare di una *litigation* in buona parte di dubbia utilità. La *derivative action* impiegata per il *redressing* dei *mismanagement* in questa tipologia di trasferimenti, rispetto alla *class action* utilizzata nella tutela della minoranza nelle opera-

---

Advisor Regulation, in *Del. J. Corp. Law*, 2015, vol. 40, p. 77 ss.; N. MALENKO, Y. SHEN, *The Role of Proxy Advisory Firms: Evidence from a Regression-Discontinuity Design*, in *Rev. Fin. Stud.*, 2016, vol. 29, p. 3394 ss.

155 Cfr. I. FIEGENBAUM, *op. cit.*, p. 36, ove il rinvio alla parallela situazione descritta in S. M. BAINBRIDGE, *The Case for Limited Shareholder Voting Rights*, in *UCLA Law Rev.*, 2006, vol. 53, p 634.

156 In re Massey Energy Co. Derivative & Class Action Litigation, cit., 46.

zioni di *going-private*, presenta già ostacoli procedurali e strumenti volti a ridurre i rischi di abuso dell'azione appunto[157].

E mentre per le altre misure descritte – dal *fee-shifting* di ATP alle clausole statutarie di determinazione della competenza esclusiva di un foro della nuova normativa del Delaware fino alla stretta sulle *disclosure-only settlement* di Trulia – devono attendersi le contromosse che i legali degli attori porranno in essere per comprendere il mutamento degli equilibrio nel medio periodo, la giurisprudenza di Corwin e Volcano nonché di M&F Worldwide sembra consolidarsi e attestarsi su piani di maggiore certezza, anche con riguardo agli esiti non a breve. Pur in un prevedibile e naturale assestamento nell'elaborazione, queste nuove regole sembrano ragionevolmente non esser destinate a stretto giro a riduzioni o *revirement* di sorta; sicché si può procedere con buona convinzione ad aggiornare le formule per solito adoperate dalla dottrina nella descrizione dei contorni della *business judgment rule*: essa non è più definibile semplicemente come il divieto di valutare nel merito le decisioni assunte da amministratori *disinterested*[158] ma come il divieto di sindacato nel merito delle decisioni adottate sia da amministratori *disinterested* sia *interested* se però operante il *cleansing effect*.

[157] Si pensi per tutti alla possibilità di affidare la conduzione dell'azione a uno *special litigation committee*. V. I. FIEGENBAUM, *op. cit.*, p. 36. Mentre, per altro verso e su altra distinzione, quella della differenza tra operazioni di *freezeout* realizzate con *going-private merger* o con *tender offer*, si appalesa ora l'opportunità di prevedere forse anche nelle *tender offer* la procedura con comitato e *stockholder ratification* prevista da M&F Worldwide per i *going-private merger* – secondo, F. RESTREPO, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 224-5.

[158] V. ad esempio la citata definzione di L. A. STOUT, *op. cit.*, p. 675.

STUDI E RICERCHE

IUS VARIANDI ORIZZONTALE DEL DATORE DI LAVORO DOPO IL JOBS ACT

MARCO CAPECE

SOMMARIO: 1. Il mutamento di mansioni ed il limite dell'equivalenza nel vecchio art. 2103 c.c.. – 2. Il superamento del criterio. – 3. Osservazioni conclusive.

1. La disciplina delle mansioni costituisce, insieme a quella in materia di licenziamento, l'oggetto principale delle modifiche introdotte con la legge n. 183/2014[1].

In particolare, il Governo è stato delegato a riformulare l'art. 2103 cod. civ., introducendo una nuova disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione e conversione aziendale[2].

Va brevissimamente premesso che lo scenario antecedente alla riforma poneva al centro della disciplina l'equivalenza delle mansioni[3], come limite all'esercizio dello *ius va-*

[1] Cfr. F. CARINCI, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in *Arg.. dir. lav.*, 2015, 9; V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del governo Renzi: Il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline dei rapporti di lavoro*, in *Working papers del Centro studi di diritto del lavoro europeo «Massimo D'Antona»*, 2014, 233, 36; U. GARGIULO, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, in *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in *Working papers del Centro studi di diritto del lavoro europeo «Massimo D'Antona»*, 2014, 3, 99 ss..

[2] L'oggetto della delega è indicato all'art. 1, n. 7, lett. e), e consiste nella "revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi, contemperando l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento; previsione che la contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello, stipulata con le organizzazioni sindacali di lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria possa individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera". Tra le analisi più recenti v. F. LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel d.lgs. 81/15 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *Working papers del Centro studi di diritto del lavoro europeo «Massimo D'Antona»*, 2015, n. 257, 2 ss.

[3] U. GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Catanzaro, 2008, 9; A. OCCHIPINTI – G. MIMMO, *Mansioni superiori ed equivalenti*, Milano, 2002; A. TURSI – P. A. VARESI, *Lineamenti di diritto del lavoro. Rapporti di lavoro e relazioni sindacali nel settore privato*, Padova, 2012, 296; G. GIUGNI, *Mansioni e qualifiche* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV, Milano, 1975; A. MARESCA. S. CIUCCIOVINO, *Mansioni e, qualifiche e jus variandi*, in

riandi c.d. orizzontale, il divieto pressoché assoluto di demansionamento ed il principio di irriducibilità della retribuzione.

Il datore di lavoro aveva cioè il potere di modificare le mansioni del lavoratore durante lo svolgimento del rapporto di lavoro rispetto a quanto concordato al momento dell'assunzione[4], ma l'esercizio di tale potere era subordinato ad una serie di limiti che almeno in parte risultano oggi superati[5].

Più precisamente la norma, nella precedente formulazione, consentiva al datore di lavoro di adibire il lavoratore a mansioni diverse rispetto a quelle di assunzione purché equivalenti ad esse o a quelle da ultimo effettivamente svolte.

Proprio il concetto di equivalenza ha per diversi decenni rappresentato il fulcro della disciplina delle mansioni ed il riferimento cardine in tema di limiti all'esercizio dello *ius variandi* orizzontale da parte del datore di lavoro.

Esso è stato da sempre indubitabilmente individuato nella omogeneità tra le mansioni successivamente attribuite e quelle di originaria appartenenza, sotto il profilo della loro equivalenza in concreto rispetto alla competenza richiesta, al livello professionale raggiunto ed alla utilizzazione del patrimonio professionale acquisito dal lavoratore[6].

Non si è dunque affermata un'interpretazione più ampia ed elastica del concetto di equivalenza, non fondata, cioè, esclusivamente su una tutela statica della professionalità, ancorché non siano mancate pronunce che hanno escluso la violazione dell'art. 2103 cod. civ. come automatica conseguenza dell'adibizione temporanea a mansioni anche sensibilmente diverse, come presupposto per accedere all'aggiornamento professionale in relazione all'innovazione tecnologica[7].

G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e Processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2000; L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Torino, 2012, 307 ss.; F. MAZZIOTTI, *Manuale di diritto del lavoro*, Napoli, 2014, 533.

[4] G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, 229 ss; per la ricostruzione del dibattito v. M. BROLLO – M. VENDRAMIN, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e ius variandi. Mansioni, qualifiche, ius variandi*, in (M. MARTONE, a cura di) *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, IV, *Contratto di lavoro e organizzazione,* I, *Contratto e rapporto di lavoro*, Padova, 2012, 532 ss., ed ivi, alle note 415-418, ampi riferimenti; C. PISANI, *Mansioni e trasferimento nel lavoro privato e pubblico*, Torino, 2009, 9 ss.; più di recente, cfr. R. VOZA, *La tutela del contraente forte nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, III, 19 ss.

[5] L'art. 2103 c. c. ante riforma prevedeva sul punto che il lavoratore dovesse essere adibito alle mansioni pattuite al momento dell'assunzione o a quelle "*corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquistato o a quelle equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione*".

[6] In questi termini, Cass, SS.UU., 24.11.2006, n. 25033, in *Mass. Giur. Lav.,* 2007, 17; Cass., Sez. Lav., 25.01.2006, n. 1388, in *Guida lav.,* 2006, 36; Cass., Sez. Lav.,15.02.2003, n. 2328, in *Not. Giur. Lav.,* 2003, 438; Cass., Sez. Lav., 10.05.2002, n. 6763, in *Foro it.*, 2002, I, 3111; Cass., Sez. Lav., 26.07.2006, n. 17022, in *Riv. critica dir. lav.*, 2006, 1117.

[7] Cass., Sez. Lav., 2.5.2006, n. 10091, in *Orient. giur. lav.*, 2006, I, 289; Cass., Sez. Lav., 15.02.2003, n. 2328, in *Not. Giur. Lav.*, 2003, 438; Cass., Sez. Lav., 01.09.2000, n. 11457, in *Guida Lav.,* 2000, n. 41, 29; Cass., Sez. Lav., 18.2.2008, n. 4000, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 952, con nota di C. PISANI, secondo cui "*Se è vero che, ai fini della dequalificazione, il patrimonio professionale non deve andare disperso, è anche vero che il trasferimento ad un diverso settore lavorativo non implica di per sé dequalificazione, potendo richiedere un aggiornamento professionale e potendo rappresentare occasione per un ampliamento del bagaglio professionale; solo quando le nuove mansioni siano decisamente dequalificanti è possibile un giudizio di dequalificazione*".

Va peraltro evidenziato come nel sistema previsto dall'art. 2103 cod. c. nel testo antecedente la riforma, la valutazione dell'equivalenza delle mansioni era rimessa al giudice[8] e questo spiega il largo spazio trovato in materia dall'elaborazione giurisprudenziale.

Il giudice di merito era infatti l'unico soggetto legittimato a valutare la sussistenza dell'equivalenza delle mansioni, con la facoltà di avvalersi ex art. 2103, comma 1, c.c., come parametro di riferimento e come criterio di valutazione di equivalenza delle mansioni, delle clausole del contratto collettivo.

2. Con l'art. 1, comma 7, lett. e), della legge n. 183 del 10 dicembre 2014, il Governo è stato delegato ad operare "*la revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale*[9] *individuati sulla base di parametri oggettivi, contemperando l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento […]*".

Il Governo ha dato attuazione a tale processo di revisione della disciplina delle mansioni[10] con il d.lgs. n. 81/2015, riscrivendo l'art. 2103 c. c. e modificandolo, dunque, in modo significativo[11].

Va da subito rimarcato come nel nuovo testo della norma non vi sia più alcun richiamo all'equivalenza delle mansioni da ultimo effettivamente svolte, come elemento alla stregua del quale valutare la legittimità dell'adibizione del prestatore di lavoro ai nuovi compiti.

Il nuovo riferimento è oggi rappresentato dalle "*mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte*", cui il datore ha il potere di assegnare unilateralmente il lavoratore.

Dunque l'area delle mansioni astrattamente assegnabili al lavoratore subordinato si amplia notevolmente, in quanto si passa da quelle equivalenti a quelle di assunzione o alle ultime di fatto svolte a quelle riconducibili al livello di inquadramento posseduto, indipendentemente dal contenuto professionale di esse.

In sostanza il legislatore del 2015 ha esteso al settore del lavoro alle dipendenze di privati un regime analogo a quello previsto dall'art. 52 d.lgs. n. 165 del 2001[12] per il lavoro

---

[8] Cass., Sez. Lav., 26.01.2010, n. 1575, in *Giust. civ. mass.*, 2010, I, 100

[9] Al riguardo, cfr. M. DE LUCA, *Legge delega sui tipi di contratto di lavoro: interpretazione costituzionalmente orientata in funzione delle leggi delegate*, in *Lav. giur.*, 2015, 352.

[10] L. DE ANGELIS, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega* (*), in *Foro it.*, 2015, V, 433, il quale nel suo contributo parla di un eccesso di delega passibile di rilievo di incostituzionalità ex art. 76 cost., rilevando che "*le accennate norme delegate non appaiono né coerente sviluppo, né completamento, delle scelte espresse dal legislatore delegante, piuttosto oltrepassando di getto le barriere che il legislatore delegante, con un tocco di prudenza, ha eretto prefigurando l'intervento sulla normativa delle mansioni come circoscritto a situazioni particolari : almeno con riguardo ad alcuni profili del tema che qui interessa, la l. n. 183 del 2014 non presenta quell'ampiezza che in più punti, invece, ha fatto dire di delega in bianco con i conseguenti dubbi di costituzionalità*". Nello stesso senso F. LISO, *op. cit.*, 6 ss.; A. PIZZOFERRATO, *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, relazione al XVIII congresso dell'Aidlass, *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori nell'ordinamento multilivello* (Foggia, 28-30 maggio 2015), in www.congressoaidlass2015.it, 21 ss.

[11] M. MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *Lav. giur.*, 2015, 439.

alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, che assegna rilievo solo al criterio dell'equivalenza formale delle mansioni, con riferimento alla classificazione prevista in astratto dai contratti collettivi, a prescindere dalla professionalità in concreto acquisita.

Ed in effetti il nuovo art. 2103 fa discendere la legittimità del mutamento di mansioni alla mera riconducibilità dei nuovi compiti al livello di inquadramento del lavoratore interessato.

Per l'effetto, cambia, e si riduce, anche l'oggetto del sindacato che il giudice può compiere per accertare la legittimità della adibizione ai nuovi compiti, oggi limitato appunto alla verifica dell'appartenenza di essi al livello di inquadramento formalmente attribuito al lavoratore e non più al confronto concreto tra vecchie e nuove mansioni per valutarne la natura equivalente[13].

Il ridimensionamento dell'intervento giudiziale è frutto anche della maggiore certezza dell'attuale formula legislativa rispetto alla precedente, che secondo alcuni dovrebbe portare al definitivo superamento di talune incertezze derivanti da pronunce giurisprudenziali tra loro troppo spesso difformi[14] ed al possibile ampliamento del margine di azione della contrattazione collettiva[15].

Per altro verso emergono i limiti derivanti non tanto dal recupero sostanzialmente infruttuoso del concetto di categoria legale, da decenni ormai in disuso[16], quanto dalla impossibilità di tenere adeguatamente in conto l'eterogeneità di compiti ricompresi nello stesso livello contrattuale, non sempre superabile attraverso l'obbligo di formazione previsto dal comma 3 dell'art. 2103[17].

---

[12] "Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali é stato assunto o alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto delle procedure selettive di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a)".

[13] Cass., Sez. Lav., 26.03.2014, n. 7106, in Mass., 2014, 240; Cass., Sez. Lav., 05.08.2010, n. 18283, in Mass., 2010, 849; Cass., Sez. Lav., 11.05.2010, n. 11405, in Foro it., 2010, I, 2371, con nota di A. M. PERRINO, secondo cui "*In tema di pubblico impiego privatizzato, l'art. 52, 1° comma, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, che sancisce il diritto alla adibizione alle mansioni per le quali il dipendente è stato assunto o ad altre equivalenti, ha recepito - attese le perduranti peculiarità relative alla natura pubblica del datore di lavoro, tuttora condizionato, nell'organizzazione del lavoro, da vincoli strutturali di conformazione al pubblico interesse e di compatibilità finanziaria delle risorse - un concetto di equivalenza «formale», ancorato alle previsioni della contrattazione collettiva (indipendentemente dalla professionalità acquisita) e non sindacabile dal giudice, con la conseguenza che condizione necessaria e sufficiente affinché le mansioni possano essere considerate equivalenti è la mera previsione in tal senso da parte della contrattazione collettiva, indipendentemente dalla professionalità acquisita.*".

[14] M. MISCIONE, *op. cit.*, 437, secondo il quale "*si è tentato di precisare la normativa introdotta dallo Statuto modificata e distorta da contraddizioni cocenti in applicazioni giurisprudenziali volatili ed incerte*". Si v. anche V. SPEZIALE, *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2014, n. 215, 12 ss., secondo il quale «*In questo contesto prevale una dimensione della certezza del diritto diversa da quella tradizionale ed intesa come insindacabilità della scelta del datore di lavoro – con l'eliminazione del contenzioso – ed esatta prevedibilità del "costo dell'inadempimento"*»

[15] F. LISO, *op. cit.*, 7 ss.

[16] R. NUNIN, *La classificazione dei lavoratori subordinati in categorie e l'inquadramento unico*, in *Contratto di lavoro e organizzazione*, I, cit., 472 ss., ed ivi riferimenti; da ultimo, P. ICHINO, *Appunti irriverenti sui nuovi decreti attuativi della riforma del lavoro*, in www.pietroichino.it, 2015, § 2.

[17] DE ANGELIS, *op. cit.*.

Occorre peraltro evidenziare come l'inadempimento a questo obbligo non determini comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni[18] e ciò finisce per ridurre drasticamente l'efficacia di tale previsione[19].

In ogni caso, il superamento del parametro dell'equivalenza consente al datore di lavoro di scegliere le mansioni da affidare al lavoratore in un ambito più ampio, dovendosi ora far riferimento al livello stabilito dal contratto collettivo, con il solo limite della categoria legale di appartenenza. Il livello contrattuale, infatti, ricomprende, soprattutto a seguito dell'inquadramento unico introdotto negli anni settanta del secolo scorso, mansioni alquanto eterogenee tra loro per professionalità.

Si apre così la strada al riconoscimento del potere unilaterale del datore di variare le mansioni, sebbene nel rispetto del limite della categoria e del livello pattuito, anche nei casi in cui quelle di nuova adibizione siano sostanzialmente diverse dalle precedenti.

D'altro canto la previsione del comma 6 del nuovo articolo 2103, in forza della quale è ora possibile la stipula di accordi individuali di modifica delle mansioni, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, quando ciò risponda all'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita, si spinge ancora oltre e rivela l'effetto complessivo perseguito dal legislatore con la riforma, vale a dire quello di raccogliere e fare proprie le interpretazioni più avanzate della norma codicistica da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità, tese a ridurre la rigidità di talune previsioni e che hanno di fatto anticipato quelle del d.lgs. n. 81 del 2015[20].

---

[18] Art. 2103, comma 3, cod. civ.

[19] Secondo A. BELLAVISTA, *op. cit.*, 2, dalla mancata previsione della sanzione di nullità dell'atto di assegnazione a nuove mansioni, deriva la valenza meramente simbolica dell'obbligo formativo nell'ambito, peraltro, di una formulazione normativa "alquanto ossimorica".

[20] Per tutte Cass., Sez. Lav., 22.05.2014, n. 11395, secondo cui "*La disposizione dell'art. 2103 c.c. sulla disciplina delle mansioni e sul divieto di declassamento va interpretata alla stregua del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto, con la conseguenza che, nei casi di sopravvenute e legittime scelte imprenditoriali, comportanti, tra l'altro, interventi di ristrutturazione aziendale, l'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, ed anche inferiori, a quelle precedentemente svolte senza modifica del livello retributivo, non si pone in contrasto con il dettato del codice civile*". Tra le pronunce di merito successive all'entrata in vigore delle nuove disposizioni si segnala Trib. Roma, 30 settembre 2015, n. 672, est. Sordi, in *LG*, 2015, 11, 1031 ss., con nota di F. AIELLO, secondo cui "*Mentre il previgente testo della norma consentiva una simile variazione a condizione che le nuove mansioni fossero «equivalenti alle ultime effettivamente svolte», quello attualmente in vigore permette l'assegnazione di «mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte». Il giudizio di equivalenza, pertanto, deve essere condotto assumendo quale parametro non più il concreto contenuto delle mansioni svolte in precedenza dal dipendente, bensì solamente le astratte previsioni del sistema di classificazione adottato dal contratto collettivo applicabile al rapporto. Ne consegue che, a differenza che nel passato, è oggi legittimo lo spostamento del lavoratore a mansioni che appartengono allo stesso livello di inquadramento cui appartenevano quelle svolte in precedenza dallo stesso dipendente, non dovendosi più accertare che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza del dipendente (come ritenuto in passato dalla consolidata giurisprudenza di legittimità: v., tra le più recenti, Cass. n. 17624 e n. 4989 del 2014).*" Il Tribunale affronta poi anche il nodo della applicabilità della nuova disciplina a casi di mutamenti di mansione disposti precedentemente alla sua entrata in vigore, affermando che "*in effetti il demansionamento del lavoratore costituisce una sorta di illecito "permanente", nel senso che esso si attua e si rinnova ogni giorno in cui il dipendente viene mantenuto a svolgere mansioni inferiori rispetto a quelle che egli, secondo legge e contratto, avrebbe diritto di svolgere (la giurisprudenza di legittimità ha adottato una simile concezione della dequalificazione allorché ha dovuto individuare il giudice munito di giurisdizione nelle con-*

3. Il superamento ovvero, se si preferisce, l'abbandono del concetto di equivalenza, come limite invalicabile al mutamento orizzontale delle mansioni, apre l'orizzonte ad altre considerazioni, dal tema della effettività della tutela della professionalità del lavoratore nel nuovo contesto, a quello, forse ancora più rilevante, delle ripercussioni sui delicati equilibri interni al rapporto di lavoro, che rischiano forse di spostarsi troppo a favore del datore di lavoro.

Quanto al primo profilo deve sinteticamente evidenziarsi come la professionalità del prestatore di lavoro sia sempre stata considerata un bene meritevole di tutela.

Basti pensare a quanto stabilito dalla Corte costituzionale in relazione all'art. 2103 cod. civ.[21], o a quanto a più riprese affermato dalle Sezioni unite della Suprema Corte che, avendo individuato l'elemento essenziale della norma codicistica nella sua precedente formulazione proprio nella protezione della professionalità acquisita del prestatore di lavoro"[22] e definito come danno professionale risarcibile quello consistente "*nel pregiudizio derivante dall'impoverimento della capacità professionale acquisita dal lavoratore e dalla mancata acquisizione di una maggiore capacità*"[23], ha poi qualificato come diritti inviolabili quelli sanciti dall'art. 2103 cod. civ., in quanto attinenti alla dignità personale del lavoratore in riferimento agli artt. 2, 4 e 32 della Costituzione[24].

---

*troversie interessanti dipendenti pubblici contrattualizzati in caso di demansionamento iniziato prima e proseguito dopo il 30 giugno 1998, data che segna il discrimine tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria nel contenzioso del lavoro pubblico ex art. 45, co. 17, d.lgs. n. 80 del 1998: v., ad esempio, Cass. n. 1141 del 2007). Conseguentemente, la valutazione della liceità o meno della condotta posta in essere dal datore di lavoro nell'esercizio del suo potere di assegnare e variare (a certe condizioni) le mansioni che il dipendente è chiamato ad espletare va necessariamente compiuta con riferimento alla disciplina legislativa e contrattuale vigente giorno per giorno; con l'ulteriore conseguenza che l'assegnazione di determinate mansioni che deve essere considerata illegittima in un certo momento, può non esserlo più in un momento s*uccessivo". Sul tema si v. anche S. MAGRINI, *Rivoluzioni silenziose nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (in tema di demansionamento e di licenziamento per malattia)*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 143 ss., il quale rileva come in tal modo si dia luogo ad una disciplina in parte non diversa da quella raggiunta dagli approdi giurisprudenziali che avevano forzato la lettera del precedente testo dell'art. 2103, ultimo comma, cod. civ., Sulla legge delega prima del decreto n. 81 del 2015, si v. C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 294.

[21] Corte cost., sent. n. 113 del 2004, in *http://www.giurcost.org/decisioni/2004/0113s-04.html*, secondo cui "*Nell'elaborazione dei giudici ordinari è incontroverso che dalla violazione da parte del datore dell'obbligo di adibire il lavoratore alle mansioni cui ha diritto possono derivare a quest'ultimo danni di vario genere: danni a quel complesso di capacità e di attitudini che viene definito con il termine professionalità, con conseguente compromissione delle aspettative di miglioramenti all'interno o all'esterno dell'azienda; danni alla persona ed alla sua dignità, particolarmente gravi nell'ipotesi, non di scuola, in cui la mancata adibizione del lavoratore alle mansioni cui ha diritto si concretizza nella mancanza di qualsiasi prestazione, sicché egli riceve la retribuzione senza fornire alcun corrispettivo; danni alla salute psichica e fisica. L'attribuzione al lavoratore di mansioni inferiori a quelle a lui spettanti o il mancato affidamento di qualsiasi mansione – situazioni in cui si risolve la violazione dell'articolo 2103 cod. civ (c.d. demansionamento) – può comportare pertanto, come nelle ipotesi esaminate dalle sentenze n. 326 del 1983 e n. 220 del 2002, anche la violazione dell'art. 2087 cod. civ.*".

[22] Cass. SS.UU., 24.11.2006, n. 25033, *cit.*

[23] Cass. SS.UU., 24.03.2006, n. 6572, in *FI*, 2006, I, c. 2334.

[24] Cass. SS.UU., 11.11.2008, n. 26972, in *Guida al dir.*, 2008, 47, 18; Cass. SS.UU., 11.11.2008, n. 26973, in *Foro it.*, 2009, I, 120, con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, R. SIMONE, G. PONZANELLI e E. NAVARRETTA; Cass. SS. UU., 11.11.2008, n. 26974, in *Dir. e giur.*, 2008, 526; Cass. SS. UU., 11.11.2008, n. 26975, in *Danno e resp.,* 2009.

Da ultimo la Suprema corte ha poi avuto modo di affermare che "*dal riconoscimento costituzionale della personalità morale e della dignità del lavoratore deriva il diritto fondamentale di questi al pieno ed effettivo dispiegamento del suo professionalizzarsi espletando le mansioni che gli competono; la lesione di tale posizione giuridica soggettiva ha attitudine generatrice di danni a contenuto non patrimoniale, in quanto idonea ad alterare la normalità delle relazioni del lavoratore con il contesto aziendale in cui opera, del cittadino con la società in cui vive, dell'uomo con se stesso*"[25].

Questo dunque il contesto delineato dalla giurisprudenza di legittimità sul quale va ad impattare la modifica normativa in esame, che tuttavia deve ritenersi in grado di produrre in ogni caso l'effetto limitativo del sindacato del giudice innanzi illustrato.

Il legislatore ha dunque ottenuto l'effetto di limitare la tutela della professionalità del lavoratore a vantaggio delle esigenze dell'impresa[26].

L'altro profilo da indagare, sebbene qui soltanto in via di breve accenno, è quello relativo alla possibilità, non del tutto astratta, che in mancanza di specifiche previsioni da parte dei contratti collettivi, in modo particolare di declaratorie di profili contrattuali elaborati in conformità alla nuova formulazione dell'art. 2103 cod. civ., possa aprirsi lo spazio per il perseguimento di finalità illecite da parte del datore di lavoro.

Il riferimento è alle ipotesi di assegnazione del dipendente a mansioni totalmente differenti dalle precedenti a fini punitivi o per determinare il rischio di inadempimento, chiaramente in violazione dei doveri di correttezza e di buon fede, ma pur sempre nel formale rispetto delle previsioni di cui all'art. 2103 cod. civ. novellato.

In tali ipotesi, ai rimedi civilistici potrebbero affiancarsi i principi enunciati dalla Corte costituzionale e segnatamente i richiami, ripetutamente espressi, al rispetto dei precetti costituzionali, cui sono tenute tutte le parti, anche quelle parti sociali, e dunque anche il datore di lavoro[27].

---

[25] Cass. 12.06.2015, n. 12253, in *RIDL*, 2015, n. 4.

[26] Così F. AMENDOLA, *La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 291/2016, 13 ss., cui si deve anche la puntuale ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in materia sopra riportata.

[27] Corte cost., sent. n. 103 del 1989, in *http://www.giurcost.org/decisioni/1989/0103s-89.html*., secondo cui "*per tutte le parti, anche quelle sociali, vige il dovere di rispettare i precetti costituzionali. Essi assicurano, in via generale, la tutela del lavoro (art. 35 della Costituzione); l'elevazione morale e professionale dei lavoratori; la proporzionalità tra retribuzione e quantità e qualità di lavoro e la sufficienza, in ogni caso, di essa perché sia assicurata al lavoratore e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa; e, in via più specifica, la pari dignità sociale anche dei lavoratori; pongono il divieto di effettuare discriminazioni per ragioni di sesso, di razza, di lingua e di religione (art. 3 della Costituzione), anche se sono tollerabili e possibili disparità e differenziazioni di trattamento, sempre che siano giustificate e comunque ragionevoli. […] Il datore di lavoro deve astenersi dal compiere atti che possano produrre danni e svantaggi ai lavoratori, cioè lesioni di interessi economici, professionali e sociali; in particolare, dell'interesse allo sviluppo professionale (riferito sia alla carriera che alla valorizzazione delle relative capacità). La vasta serie di interessi dei quali e portatore il lavoratore e protetta anche per la sfera esterna all'azienda: sono protetti non solo gli interessi di natura economico-professionale ma altresì quelli personali e sociali. La dignità sociale del lavoratore e tutelata contro discriminazioni che riguardano non solo l'area dei diritti di libertà e l'attività sindacale finalizzata all'obiettivo strumentale dell'autotutela degli interessi collettivi, ma anche l'area dei diritti di libertà finalizzati allo sviluppo della personalità morale e civile del lavoratore. La dignità e intesa sia in senso assoluto che relativo, cioè per quanto riguarda la posizione sociale e professionale occupata dal cittadino nella qualità di prestatore di lavoro dipendente. Risulta notevolmente limitato lo ius variandi del datore di lavoro, mentre, proprio in virtù del precetto costituzionale di cui all'art. 41 della Costituzione, il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente*

Ciò che in definitiva consentirebbe di proteggere comunque il bene della professionalità da condotte illecite o abusive[28].

con i principi fondamentali dell'ordinamento ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana.".

[28] F. AMENDOLA, *op. cit.*, 16.

DIRITTI PATRIMONIALI NELLA FILIAZIONE NON RICONOSCIUTA

MARTINA VIVIRITO PELLEGRINO

SOMMARIO: 1. La ricostruzione dell'art. 279 c.c. e le sue potenzialità. – 2. Natura e funzione della previa autorizzazione *ex* art. 251 c.c. per l'azione di mantenimento. Le ipotesi di filiazione non riconosciuta e non dichiarabile. – 3. La protezione patrimoniale *ex* art. 279 c.c. come alternativa al riconoscimento dello *status*. – 4. Il contenuto della responsabilità patrimoniale avulsa dalla potestà e nuovi orizzonti per la configurazione degli *status familiae*.

1. L'attribuzione degli *status* è la modalità per eccellenza attraverso la quale l'ordinamento legale a sé le persone che lo compongono; in particolare, mediante lo *status familiae,* lo Stato riconosce e garantisce all'individuo un complesso di posizioni giuridiche fondamentali all'interno della famiglia. Per tale ragione, pur nell'ambito dell'Unione europea[1] e del sistema del Consiglio d'Europa, la materia degli status personae rimane di competenza esclusiva dei singoli ordinamenti, nonostante le ricadute del principio di libera circolazione delle persone (art. 3, par. 2, TUE; art. 21 TFUE), dell'obbligo di rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) e degli obblighi assunti in ambito internazionale[2].

L'ordinamento italiano mantiene tutt'ora sostanziali discrepanze nelle modalità di attribuzione degli *status* all'interno della famiglia, nonostante plurimi interventi legislativi nel tempo[3] e, da ultimo, la riforma di cui alla legge n. 219/2012 e al d.lgs. n. 154/2013. Per il figlio nato dentro il matrimonio, oltre alla regola di cui al c. 3 dell'art. 269 c.c., vige la presunzione di paternità del marito della madre (art. 231 c.c.); fuori dal matrimonio è necessario un atto di riconoscimento dei genitori o una dichiarazione giudiziale suppletiva (art. 250 o art. 269 c.c.); mentre in caso di persona nata da "relazione incestuosa" (art. 251 c.c., un

[1] Il pensiero si rivolge immediatamente al Regolamento del Consiglio europeo n. 2201/2003, 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, il quale esclude espressamente la sua applicazione nella determinazione nell'impugnazione della filiazione (art. 1, par. 3, lett. a). Tale regolamento si estende anche ai rapporti fra la normativa europea e il sistema della Convenzione dell'Aja, del 19 ottobre 1996, sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, nonché la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure per la tutela dei minori; si veda M. C. BARUFFI, *Regolamento (CE) 27 novembre 2003, n. 2201/2003 - Artt. 1-2*, in *Commentario breve al diritto di famiglia* a cura di A. Zaccaria, Padova, 2008, pp. 2449-2454 e *Regolamento (CE) 27 novembre 2003, n. 2201/2003 - Artt. 8-20*, *ibidem*, pp. 2462-2474. Inoltre, sotto il profilo della circolazione e continuità degli *status* all'interno dell'Unione, v. App. Bari, 25 febbraio 2009, con nota di M. C. BARUFFI, *Maternità surrogata e questioni di status nella giurisprudenza italiana ed europea*, in *Int'l Lis*, n. 1, 2010, pp. 20-25, ove amplia bibliografia sul tema.

[2] Si ricordano la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989, ratifica in Italia con l. n. 176/1991, e la Convenzione europea sui diritti del fanciullo resa esecutiva con l. n. 77/2003, su cui A. LIUZZI, *La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli: prime osservazioni*, in *Dir. fam.*, 2003, n. 3, pp. 287 ss.

[3] Con riferimento alla disciplina previgente, v. M. DI NARDO, *Le azioni di stato*, in *Tratt.* Zatti, Filiazione, a cura di G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI, 2002, pp. 141 ss.

tempo figli a priori "irriconoscibili"), vi è una duplice opzione: domandare l'autorizzazione al riconoscimento o agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione, senza il riconoscimento del legame di filiazione (art. 279 c.c.).

Quindi, fra "le filiazioni" permangono significative distinzioni tra le modalità di costituzione spontanea del rapporto di filiazione (presunzione di paternità/riconoscimento paterno e materno), le azioni di accertamento della paternità[4] (reclamo di stato preceduto dall'azione di contestazione/dichiarazione giudiziale di paternità e maternità) e le modalità di contestazione dello *status* (disconoscimento/impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità) con differenze di disciplina non meramente formali, soprattutto per quanto riguarda condizioni e termini di esperibilità di tali procedure[5]. Proprio in ragione di una disciplina differenziata, l'Italia si è limitata a sottoscrivere con riserve, ma non a ratificare, la Convenzione europea sullo status dei figli nati fuori dal matrimonio del 15 ottobre 1975 (*European Convention on the Legal Status of Children born out of Wedlock*), per l'unificazione delle regole di accertamento e contestazione degli status, il cui principio cardine risiede nella possibilità per ogni figlio, senza alcuna distinzione, di costituire il legame di filiazione materno per il solo fatto della nascita (art. 2) e quello paterno tramite riconoscimento volontario del genitore o dichiarazione giudiziale (art. 3)[6].

---

[4] I rigorosi limiti tradizionali per l'accertamento della paternità e maternità fuori del matrimonio, nati per limitare azioni temerarie in assenza delle odierne tecniche di analisi genetica, sono stati negli anni affievoliti da pronunce della Corte Costituzionale e da interventi chirurgici del legislatore. In particolare, il giudizio di delibazione dell'ammissibilità della dichiarazione giudiziale del previgente art. 274 c.c. è stato oggetto di numerosi adattamenti: dapprima la Corte Costituzionale, con pronuncia del 12 luglio 1965, n. 70, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1369, ha dichiarato illegittimi i commi 2 e 3 per contrasto con l'art. 24, c. 2, Cost., nella parte in cui prevedevano come forma del provvedimento finale un decreto non motivato non reclamabile, escludevano l'assistenza dei difensori, la necessità del contraddittorio e disponevano la segretezza dell'intero procedimento anche nei confronti delle parti. Successivamente, la legge n. 1047/1971 ha riproposto il giudizio di ammissibilità dell'azione, con la previsione dell'obbligo di motivazione del decreto e della possibilità di reclamo, mantenendo tuttavia la segretezza dell'inchiesta sommaria compiuta dal tribunale (aspetto sul quale la Corte costituzionale ha ritenuto di dover rinviare alla competenza del legislatore: C. Cost., 30 settembre 1987, n. 621, in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 655). Infine, C. Cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Rass. dir. civ.*, 2007, n. 4, p. 1093, con nota di F. S. DAMIANI, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 274 c.c., nella parte in cui prevedeva una preliminare delibazione di ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale; v. anche G. F. BASINI, *La morte del Minotauro: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 274 c.c.*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2006, n. 5, p. 403. Merita di essere segnalato l'intervento della Consulta anche in tema di tutela dell'interesse del minore: con sentenza del 20 luglio 1990, n. 341, in *Foro it.*, 1992, I, c. 25, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del c. 1, nella parte in cui non prevedeva che, nel caso di minore infrasedicenne, l'azione promossa dal genitore esercente la potestà fosse ammessa solo quando ritenuta dal giudice rispondente in concreto all'interesse del figlio, sottolineando come il tribunale per i minorenni fosse specificamente competente al riguardo.

[5] M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Fam. dir.*, 2014, n. 14, p. 454.

[6] La "Convenzione europea sullo status giuridica dei figli nati fuori dal matrimonio", siglata a Strasburgo il 15 ottobre 1975, reperibile all'indirizzo *conventions.coe.it* con il dettaglio delle riserve e dei paesi aderenti, è entrata in vigore l'11 agosto 1978 ed è stata ratificata da 23 Paesi Membri del Consiglio d'Europa. Nel febbraio 1981, l'Italia ha aderito con riserve in merito all'opposizione al riconoscimento della paternità e alla sua contestazione (art. 4) e alla possibilità di garantire un diritto di visita dei genitori naturali privi di potestà e custodia in caso di adozione (art. 8). Ciononostante, attesa la perdurante inerzia nella ratifica di tale strumento, è evidente che le riserve dell'ordinamento italiano vadano oltre quelle espressamente manifestate; in merito, v. J. LONG,

Com'è noto, il figlio nato da una relazione fra i genitori parenti (in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado) o affini (in linea retta) non è più irriconoscibile a priori[7]; la costituzione del rapporto di filiazione non dipende dalla buona fede dei genitori[8], né si richiede come un tempo che il matrimonio da cui derivi l'affinità venga dichiarato nullo.

Per il figlio di genitori parenti o affini, il legislatore ha previsto una clausola di salvaguardia: l'autorizzazione giudiziale prevista dall'art. 251 c.c. è diretta a verificare il concreto interesse del figlio alla costituzione del rapporto, manifestato da questi se maggiorenne, dall'assenso del minore ultraquattordicenne o dei suoi rappresentanti legali[9].

A ben vedere, l'interesse di un figlio all'accertamento e alla costituzione del rapporto di filiazione –vieppiù di quello "incestuoso" – appare peculiare e complesso, comprende il profilo personale e psichico connesso al bisogno di certezza delle proprie origini, quello sociale legato alla capacità di inserirsi nella comunità, quello affettivo relativo all'estensione della cerchia familiare, senza dimenticare quello economico, indispensabile per assicurarsi le

---

Le fonti di origine extranazionale, in *Tratt. Zatti, Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, Milano, 2011, pp. 127-143; ID., *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, *ibidem*, pp. 144-210.

[7] Cfr. l'art. 251 c.c. con la precedente disciplina dell'art. 278, c. 1, c.c. che escludeva la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità e, a monte, le relative indagini nei casi in cui era vietato il riconoscimento dei figli incestuosi (art. 251 c.c.), oggetto di dichiarazione di illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 2 Cost. a seguito della decisione della Consulta, C. Cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Giur. cost.*, 2002, I, p. 4058, con nota di C. M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità naturale di cui all'art. 278 comma 1 c.c. (ma i figli irriconoscibili rimangono)*. In merito all'illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 2, 3, 30 Cost. del divieto di ricerca della paternità e maternità previsto dal previgente art. 278, c. 1, c.c. e del relativo riconoscimento salvo il caso di "ratto o violenza carnale" (c. 2), C. Cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Fam. dir*, 2003, n. 2, p. 119, con nota di M. DOGLIOTTI, *La corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa*; A. RENDA, *Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza n. 494/2002 della Consulta*, in *Fam. dir.*, 2004, n. 1, p. 96. Nonostante i tempi fossero maturi per un'eliminazione definitiva della "categoria" dei figli irriconoscibili per ragioni di parentela/affinità dei genitori, la Corte non intervenne sull'art. 251 c.c., quale norma parallela che impediva il riconoscimento nelle medesime ipotesi di divieto di accertamento della paternità e maternità.

[8] Nel contesto della riforma del 1975, l'art. 251 c.c., sempre previa autorizzazione giudiziale, permetteva ai genitori parenti o affini di riconoscere il figlio solo in caso di buona fede al momento del concepimento, ovvero nel caso di annullamento del matrimonio determinante l'affinità. In buona sostanza, anche l'intervento riformatore si ispirava alla condizione psicologica dei genitori, facendone ricadere le "colpe" sui figli, quasi fosse "una sanzione civile collegata al reato d'incesto, (…) che coinvolge il figlio innocente", secondo le parole di L. MENGONI, *La filiazione naturale,* in *Jus*, 1974, p. 120, peraltro quasi riparando il genitore "in dolo" dalla riprovazione sociale di un pubblico riconoscimento.

[9] Concessa l'autorizzazione, il procedimento di dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità *ex* art. 269 c.c. consente al figlio di ottenere in ogni caso la costituzione del rapporto; nel caso di mancata autorizzazione, invece, il figlio potrà avviare il procedimento *ex* art. 279 c.c., ove l'accertamento della filiazione avviene *incidenter tantum*. Diversamente, il riconoscimento del figlio da parte del genitore autorizzato *ex* art. 251 c.c., soggiace alle ordinarie condizioni previste dall'art. 250 c.c.: è richiesto il consenso del genitore che per primo ha costituito il legame in caso di minore di quattordici anni – salvo, in caso di sua opposizione, la possibilità di instaurare un ulteriore procedimento per ottenere una sentenza che tenga luogo del consenso mancante –, ovvero l'assenso del figlio ultraquattordicenne.

risorse per mantenimento, cura e formazione[10]. In tal senso, il dispositivo dell'art. 279 c.c. consente una parziale (ma discreta) attuazione degli interessi appena citati, tutte le volte in cui non possa avvenire il riconoscimento o non sia proponibile l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e/o maternità, ovvero quando il figlio ritenga – per ragioni apprezzabili – di non procedere alla costituzione del rapporto.

Il rinvio del II comma dell'art. 279 all'autorizzazione *ex* art. 251 c.c. storicamente ha comportato l'assimilazione delle due norme, quanto all'ambito di applicazione, così confinando la tutela offerta dall'art. 279 c.c. ai soli figli tradizionalmente "irriconoscibili" (adulterini ed incestuosi). In via preliminare, occorre allora brevemente soffermarsi sulle funzioni e sulle caratteristiche del procedimento autorizzativo, quale peculiare filtro dell'interesse del figlio e al tempo stesso strumento di giurisdizione condizionata[11], per comprendere se il rinvio citato debba intendersi in termini sostanziali, o possa costituire un rimando meramente processuale (come avveniva nella formulazione precedente, mediante il rinvio all'art. 274 c.c.), permettendo così di ampliare l'ambito di operatività dell'art. 279 c.c.

2. L'autorizzazione giudiziale prevista dall'art. 251 c.c., accusata di perpetrare una discriminazione tra figli in ragione dei loro natali[12], è condizione preliminare per il riconoscimento e per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità di figli nati da persone parenti o affini, testualmente di competenza del tribunale per i minorenni[13].

Se, per un verso, la previsione di un "filtro" per la valutazione dell'interesse del minore può avere una sua ragionevolezza (soprattutto considerando che l'art. 250, c. 2, c.c. ritie-

---

[10] V. CARBONE, *L'interesse del minore alla dichiarazione di paternità naturale*, in *Fam. dir.,* 1995, n. 5, p. 425.

[11] La categoria dei procedimenti di c.d. giurisdizione condizionata abbraccia le domande che devono essere precedute da procedure para-amministrative, tentativi di conciliazione (es. art. 410 c.p.c. per cause in materia di lavoro) o da veri e propri subprocedimenti prodromici all'instaurazione del giudizio, come previsto dal previgente art. 274 c.c. e all'odierno art. 251 c.c. per i figli di genitori parenti o affini.

[12] Nonostante l'apprezzabile obiettivo di valutare che il riconoscimento risponda "all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio", l'autorizzazione si rivela discriminatoria atteso che nell'ordinamento rimane una "categoria" di figli riconoscibili solo previa autorizzazione pubblica. Così, M. PARADISO, *Riforma della filiazione e diritti successori: le questioni aperte*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 1019; T. AULETTA, *La filiazione derivante da incesto*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C. M. Bianca, Padova, 2015, pp. 256 ss.; S. TROIANO, *Diritto allo stato e figli "senza stato", ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, in *Ius civile*, pp. 223-248; B. DE FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 293.

[13] In caso di persona maggiorenne, appare condivisibile l'opinione in apparenza contraria alla lettera dell'art. 38 disp. att. c.c. (ma coordinata con il sistema di riparto delle competenze vigente), secondo cui la competenza spetterebbe al tribunale ordinario; così, G. LISELLA, *Dichiarazione giudiziale di maternità e di paternità di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice*, in *Fam. dir.*, n. 8, 2014, pp. 846-851, spec. p. 848, laddove ritiene che il disposto dell'art. 38 disp. att. che include l'autorizzazione *ex* art. 251 c.c. nell'ambito della competenza del tribunale per i minorenni vada riferito esclusivamente al comma 2 dell'art. 251, sul presupposto che non sarebbe giustificabile la competenza del tribunale specializzato in relazione al riconoscimento di figlio maggiore di età. E' opportuno dar conto del disegno di legge delega al governo, già approvato alla Camera il 10 marzo 2016 e attualmente in esame al Senato, recante "Disposizioni per l'efficienza del processo civile" che, fra i numerosi obiettivi, si pone anche "l'istituzione del tribunale della famiglia e della persona", con radicali modifiche strutturali e funzionali dei tribunali per i minorenni e dei relativi uffici del pubblico ministero.

ne sufficiente il compimento del quattordicesimo anno d'età per manifestare l'assenso al riconoscimento), dall'altro, sottoporre anche il figlio maggiorenne e pienamente capace ad un'autorizzazione giudiziaria pare suscitare più di un dubbio di compatibilità sistematica[14].

E' stato autorevolmente sostenuto che l'autorizzazione in esame svolgerebbe due distinte funzioni in considerazione del binomio capacità-maggiore età o incapacità-minore età, senza alcuna valutazione circa l'eventuale consapevolezza degli effetti del riconoscimento da parte del figlio minorenne[15]. Nei confronti di persona capace, la verifica preliminare del giudice si limiterebbe alla presa d'atto della volontà del figlio di costituire il rapporto con il genitore e, di conseguenza, di rendere pubblico il legame con i genitori parenti o affini (paradossale sarebbe considerare anche le ragioni di terzi interessati); mentre, per quanto riguarda il figlio minorenne, il compito del giudice risiederebbe nell'accertare concretamente che il riconoscimento risponda al suo preminente interesse, provvedendo anche all'ascolto del minore capace di discernimento (art. 315 *bis* c. 3, c.c.; art. 250, c. 4, c.c.). Inoltre, pare condivisibile l'opinione secondo cui le autorizzazioni all'esercizio delle azioni di stato *ex* artt. 269 e 279 c.c. non sarebbero ragionevolmente inquadrabili in un preventivo controllo sulla loro fondatezza e meritevolezza[16], altrimenti – con altro nome – si riproporrebbe un vaglio di ammissibilità pari al previgente art. 274 c.c., espulso dal sistema per illegittimità costituzionale.

Appare evidente che, con la necessaria "previa autorizzazione giudiziale", il legislatore ritenga l'assenso del figlio ultraquattordicenne o dell'altro genitore che abbia effettuato il

---

[14] Ritiene *prima facie* contrario agli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost., l'istituto di autorizzazione *ex* art. 251 c.c., G. LISELLA, *Riconoscimento di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice*, in *Comparazione e diritto civile*, 2013, p. 6, secondo il quale, al più, la competenza del tribunale ordinario rimarrebbe operativa per il figlio incapace, interdetto o beneficiario di amministrazione di sostegno equiparata. Già prima della riforma, parte della dottrina sosteneva la necessità dell'autorizzazione giudiziale anche per il figlio ultradiciottenne: A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia. Commento sistematico alla legge 19 maggio 1975, n. 151. Legislazione-Dottrina*-Giurisprudenza, II, Art. 90-240, Milano, 1984, pp. 1666 e 1672; P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1987, p. 88; M. SESTA, *Il riconoscimento del figlio naturale*, in *Il diritto di famiglia*, III, a cura di M. Dogliotti e M. Sesta, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, IV, Torino, 1999, p. 104. *Contra*, considerando oggetto precipuo dell'autorizzazione l'interesse individuale del figlio, altra parte della dottrina sosteneva l'opportunità di richiedere l'autorizzazione giudiziale solo in caso di infrasedicenne (poiché con il compimento del sedicesimo anno di età sarebbe bastato il suo assenso, a mente del previgente art. 250, c. 2, c.c.): così, L. CARRARO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, in *Comm. it. dir. fam.*, cit., p. 118; G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 1997, p. 232. In ferma critica della scelta "riformatrice", L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, spec. p. 206, rileva il paradosso di richiedere la valutazione dell'interesse di una persona maggiorenne, pienamente capace di intendere e di volere, annullando così le conquiste in merito all'autodeterminazione del soggetto minorenne capace di discernimento.

[15] G. LISELLA, *Riconoscimento di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice*, cit., p. 8.

[16] S. TARRICONE, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità e l'azione (di responsabilità) per il mantenimento e l'educazione)*, in *Fam. dir.*, 2016, n. 4, p. 411, nell'indirizzo dell'elaborazione di M. F. GHISA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio dell'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004, secondo il quale l'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) si deduce dalla presenza di un'azione nell'ordinamento e del relativo "requisito causale" in capo all'attore. La Suprema Corte, in epoca risalente, considerava già la fase delibatoria dell'abrogato art. 274 c.c., il presupposto processuale affinché all'attore venisse concesso il potere di domandare "nel merito" l'accertamento del proprio *status* e analoghe considerazioni possono riproporsi per l'autorizzazione *ex* art. 251 c.c.; cfr. Cass., 9 marzo1990, n. 1938, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 1501.

riconoscimento una condizione necessaria, ma non sufficiente; nel caso di riconoscimento volontario si tratterà di una condizione di ricevibilità dell'atto per l'ufficiale di stato civile, mentre costituirà una condizione di proponibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità nel caso di figlio maggiorenne e capace[17]. In caso di negata autorizzazione, si è detto, al figlio resterebbe la possibilità di agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione, aggirando la necessità di costituire formalmente il legame. Dunque, l'art. 279 c.c. (e le correlative disposizioni in sede successoria) si pone a tutela almeno degli interessi patrimoniali e – tramite questi, di quelli esistenziali – dei figli non riconoscibili o non riconosciuti, in applicazione del principio di responsabilità dei genitori per il solo fatto della procreazione.

L'ambito dell'art. 279 c.c. e degli artt. 580 e 594 c.c. in sede successoria, si ribadisce, guarda alle ipotesi di figli privi di stato, non riconosciuti e non dichiarati a prescindere da impossibilità assoluta o relativa, ma per vagliare una rilettura possibilmente più ampia del dispositivo è necessario individuare tutti i possibili "casi in cui non possa aversi la dichiarazione giudiziale di maternità o paternità".

Tradizionalmente è stata esclusa l'applicazione dell'art. 279 c.c. in presenza di uno stato di figlio già riconosciuto dall'ordinamento (salvo in un'ipotesi che verrà esplicitata) e, parallelamente, la tutela patrimoniale offerta da tale dispositivo dovrebbe escludersi anche tutte le volte in cui il figlio si trovi in possesso di uno *status* formalizzato secondo le tradizionali regole di attribuzione che – per quanto fondate su presupposti non elastici (ossia filiazione connessa alla derivazione biologica, gestazione e parto) –, assicurano la certificazione e l'attribuzione di uno *status familiae*, con la conseguenza di salvaguardare già tutte quelle esigenze patrimoniali (e connesse) coperte dall'art. 279 c.c., specificamente rivolto a chi non può ottenere tale *status*.

Ad ogni modo, pare opportuno esplicitare i punti focali della presente trattazione, senza l'ambizione di poter giungere a risposte immediate ed esaustive. Sulla base delle considerazioni sopra esposte, ci si chiede *in primis* se il rinvio operato dall'art. 279 c.c. all'autorizzazione di cui all'art. 251 c.c. possa interpretarsi nel senso di un rinvio meramente procedurale, così `permettendo l'estensione dell'azione di mantenimento a casi diversi dalla filiazione incestuosa, rispetto ai quali non possa comunque aversi una dichiarazione giudiziale di maternità e paternità, poiché ipotesi in cui "il riconoscimento non è ammesso". Da tale punto di partenza, dunque, si propone di studiare la possibilità di applicare l'art. 279 c.c. a legami di filiazione non "certificabili" a causa della rigidità degli strumenti di cui attualmente dispone l'ordinamento, nella ricerca di una forma di responsabilità patrimoniale anche nei confronti di inediti orizzonti della procreazione.

In sostanza, il profilo più complesso del discorso risiede nella difficoltà di determinare se la protezione di cui all'art. 279 c.c. debba necessariamente ancorarsi al requisito del "legame di sangue" fra genitori e figli, ovvero possa gradatamente spingersi sino a comprendere una responsabilità patrimoniale anche in virtù del c.d. elemento volontaristico della genitorialità.

Alla luce delle precedenti premesse, prima di esaminare una possibile interpretazione

[17] Così, G. LISELLA, *Riconoscimento di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice*, cit., pp. 7 e 10.

elastica dell'art. 279 c.c., è opportuno proporre uno schema per delineare le numerose ipotesi di filiazione non riconoscibile/non dichiarabile.

I. Ipotesi tradizionale di figli "incestuosi", nati da genitori parenti o affini, per i quali: (1.1.) l'autorizzazione di cui all'art. 251 c.c. venga negata dal giudice, in considerazione del pregiudizio che deriverebbe al minore a prescindere dalla sua capacità di discernimento, di conseguenza il figlio potrà ottenere solo la tutela offerta dall'art. 279 c.c.; (1.2.) nonostante l'esito positivo dell'autorizzazione giudiziale *ex* art. 251 c.c. non si giunge alla costituzione del rapporto per l'opposizione del figlio ultraquattordicenne o del genitore che esercita la responsabilità genitoriale e, in questa ipotesi, l'attore non abbia ottenuto una sentenza che tenga luogo del consenso mancante *ex* art. 250, c. 4, c.c. (si tratta di un'ipotesi di "impossibilità relativa" al riconoscimento della filiazione[18]).

II. Figli in possesso di "altro *status*"[19], ossia vi è l'ipotesi del figlio che abbia già validamente costituito il proprio legame di filiazione sul versante materno e paterno, nel qual caso occorrerà che il figlio previamente contesti il proprio legame con le ordinarie azioni di stato per accedere all'autorizzazione giudiziale[20] *ex* art. 251 c.c., atteso che in nessun caso è possibile un riconoscimento in contrasto con lo stato di figlio già in essere (art. 253 c.c.). Nell'eventualità che il figlio non voglia contestare il proprio *status*, invece, si dovrebbe puntualmente indagare la possibilità di consentire comunque di accedere alla tutela patrimoniale *ex* art. 279 c.c., nata proprio per tutelare i figli senza stato. Prima della riforma della filiazione, che ha sancito l'imprescrittibilità delle azioni di stato per il figlio, si riconosceva la possibilità di accedere a tale tutela anche in presenza di altro *status*, nel caso di figlio matrimoniale o riconosciuto da altri decaduto dall'impugnazione della paternità e, quindi, non riconoscibile dal padre biologico[21].

III. Ipotesi di non costituzione del legame a causa di condizioni di incapacità totale o parziale dei soggetti (interdizione, inabilitazione o amministrazione di sostegno equiparata) in cui rientrano i casi di: (3.1.) figlio incapace, nel cui interesse venga negata l'autorizzazione *ex* art. 251 c.c., promossa dal curatore su impulso del tutore, e residui per questi la sola tute-

---

[18] Accogliendo l'interpretazione che attribuisce all'autorizzazione *ex* art. 251 c.c. la valenza di mera condizione di proponibilità dell'azione e, quindi, di nulla osta al successivo accertamento della filiazione, da questa categoria viene esclusa la condizione del figlio maggiorenne.

[19] E' possibile ricomprendere anche l'ipotesi peculiare di minore dichiarato adottabile e in affidamento preadottivo, ma si tratta di una situazione estremamente limitata nel tempo, poiché con l'adozione cessano i rapporti fra adottato e famiglia d'origine, mentre in caso di fallimento del progetto adottivo si ritorna alla necessità di attivare il procedimento *ex* art. 251 c.c.

[20] Prima della modifica dei termini per le azioni di contestazione dello status, la Corte di Cassazione si era espressa sulla necessità che il giudice valutasse la sussistenza di una consapevole rinunzia all'azione, sostenendo la tesi dell'applicabilità dell'art. 279 c.c. anche ai casi di impossibilità non assoluta, ma "giustificata". Cfr. Cass., 1 aprile 2004, n. 6365, in *Fam. dir.*, 2005, pp. 27 ss., secondo cui la disposizione dell'art. 279 c.c. non distingue in alcun modo tra impossibilità assoluta o relativa, originaria o sopravvenuta: "Introdurre tali distinzioni, dunque, significa andare oltre il significato proprio delle parole (art. 12 preleggi, primo comma), dando della norma formulata nel testo una lettura restrittiva che finisce per forzarne oltre misura la portata letterale".

[21] M. SESTA, *Un ulteriore passo avanti della S.C. nel consentire la richiesta di alimenti al preteso padre naturale da colui che ha lo stato di figlio legittimo*, nota a Cass., 1 aprile 2004, n. 6365, in *Fam. dir.*, 2005, pp. 27 ss.

la patrimoniale di cui all'art. 279 c.c.; (3.2.) ovvero si tratti di genitore incapace che non abbia costituito il legame, o il cui tutore impugni successivamente il riconoscimento, lasciando così al figlio la possibilità di intraprendere solo la strada dell'art. 279 c.c.; (3.3.) genitori infrasedicenni per i quali il giudice neghi l'autorizzazione al riconoscimento, avuto riguardo all'interesse del minore (ipotesi divenuta residuale nel tempo e comunque protetta dai criteri dell'art. 11 della legge n. 183/1984).

IV. Casi di filiazione in cui la derivazione genetica non è accertabile attraverso le tradizionali azioni di stato previste dal nostro ordinamento, ove rientrano le ipotesi oggi possibili attraverso nuove e, talvolta, controverse forme di procreazione. Rientrano in questa categoria i casi di:

(4.1.) figlio nato attraverso *surrogacy*[22], vietata in Italia dalla disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita (art. 12, c. 6, legge n. 40/2004), ma consentita in molti ordinamenti (solo in ambito europeo in Belgio, Gran Bretagna, Paesi Bassi, Ucraina, Ungheria e, dal 2016, Portogallo). Seppur con differenti soluzioni giuridiche nei diversi Stati in cui tale pratica è ammessa, ai nostri fini rileva come l'atto di nascita formalizzato all'estero o il *parental order*, che dichiari il nato come figlio dei genitori committenti, venga recepito nel nostro ordinamento. Si tratta di capire se, contestato il rapporto di filiazione così come certificato sulla base dell'ordinamento straniero, residui la possibilità di costituire il legame con gli strumenti tradizionali e in che limiti (in particolare, attesa la difficoltà di riconoscere un legame di filiazione materno che, sebbene genetico, non sia correlato all'elemento naturalistico del parto), o se, in subordine, vi sia almeno spazio per l'azione *ex* art. 279 c.c.

Nella pratica di *surrogacy* sono ulteriormente distinguibili le seguenti ipotesi.

(a) All'interno della coppia eterosessuale committente, solitamente (ma non necessariamente) è possibile costituire il legame paterno per via della derivazione genetica, mentre nei confronti della madre non partoriente – ancorché genetica – vi sarebbe solo la strada dell'adozione in casi particolari, comunque soggetta a valutazione discrezionale del giudice. Rimanendo precluso (o contestabile) il riconoscimento/dichiarazione giudiziale di maternità[23], nei confronti della madre intenzionale potrebbe residuare la protezione alimentare e successoria degli artt. 279, 580 e 594 c.c.

(b) Analogamente, nel caso di coppia omosessuale committente, solitamente il nato è legato geneticamente ad uno dei genitori intenzionali e ciò ha sino ad ora costituito

[22] Si predilige l'utilizzo del termine neutro anglosassone *surrogacy*, in luogo di "surrogazione di maternità" o della "gestazione per altri" (c.d. GPA); la prima tacciata di manifestare un pregiudizio intrinseco verso tale modalità procreativa dai sostenitori della nozione di GPA che, per contro, mirerebbe a rivalutarla sotto il profilo solidaristico.

[23] Proprio con riferimento a tale ipotesi, App. Milano, 25 luglio 2016, in *Foro it.*, 2016, I, pp. 3258 ss., ha analizzato il caso di trascrizione dell'atto di nascita del minore nato grazie ad una maternità surrogata realizzata all'estero, geneticamente legato al padre committente, ma non alla compagna che veniva indicata come madre dello stesso. Il giudice ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minorenne possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore, confermando l'interesse dello stesso a mantenere il legame giuridico (oltre che affettivo) corrispondente all'effettività della relazione con la persona che ha intrapreso il progetto familiare con il padre.

l'elemento per proteggere il rapporto fra minore e coppia committente, nei casi di contestazione dell'atto di nascita o della pronuncia straniera costitutiva dello *status*.

In particolare, in caso di coppia femminile, la presenza di legame genetico con una madre intenzionale si scontra con la presunzione naturalistica di cui all'art. 269, c. 3, c.c., che attribuisce la maternità alla partoriente. In questa specifica ipotesi, sarebbe interessante capire se, almeno nei confronti della madre genetica committente, potrebbe essere avanzata una tutela patrimoniale *ex* art. 279 c.c. Diversamente, nel caso di coppia omoaffettiva maschile, posta la maggiore agilità di costituire il legame con il padre genetico, la strada dell'art. 279 c.c. eventualmente potrebbe aprirsi nei confronti del secondo padre intenzionale.

Nei casi di *surrogacy*[24], ammessa e concessa la possibilità per il figlio di costituire il rapporto di filiazione con il solo padre genetico, tutt'altro che incontestata è la possibilità di intraprendere un procedimento di adozione in casi particolari del figlio del partner omosessuale, nonostante vi siano continue aperture in tal senso dei tribunali di merito[25], avallati dal recente intervento della Corte di Cassazione che, con sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962, ha consentito l'adozione ai sensi dell'art. 44, lett. d) l. ad., da parte della seconda madre "sociale"[26].

(4.2.) Vi è, inoltre, il caso di fecondazione assistita eterologa realizzata da una coppia di donne, nella quale, però, il figlio è geneticamente legato alla donna non partoriente. In tal caso, posta la presunzione di maternità in favore di colei che partorisce, il figlio non potrebbe in alcun modo accertare il legame di filiazione con la seconda madre, nonostante il legame genetico con questa. Anche in tale ipotesi, la discrezionalità della procedura adottiva speciale fa interrogare sull'opportunità di estendere l'applicazione della tutela di cui all'art. 279 c.c. nei confronti della seconda madre sociale, genetica, ma non partoriente.

(4.3.) È, infine, astrattamente possibile l'ipotesi in cui la madre del figlio sia, in realtà, persona transitata nell'altro sesso senza aver perso la propria capacità procreativa e, per quanto possa apparire inedita, tale ipotesi è pur sempre un caso in cui il figlio avrebbe un insanabile contrasto fra la presunzione di maternità dichiarata dalla certificazione

---

[24] Si predilige l'uso del termine neutro anglosassone *surrogacy*, in luogo di "surrogazione di maternità" o "gestazione per altri" (c.d. GPA): la prima tacciata di manifestare un pregiudizio intrinseco verso tale modalità procreativa dai sostenitori della nozione di GPA che, per contro, mirerebbe a rivalutarla sotto il profilo solidaristico.

[25] Trib. Min. Roma, 3 maggio 2016, rinvenibile in *www.articolo29.it*, ha dichiarato l'adozione in casi particolari *ex* art. 44, lett. d), l. ad., fra figlio nato da maternità surrogata, riconosciuto dal padre genetico, da parte del convivente, atteso che la disciplina permette l'adozione da parte del singolo senza alcun riferimento all'orientamento sessuale di questi o del genitore dell'adottando, quando fra loro vi sia un rapporto di convivenza. L'obiettivo della disciplina, infatti, è permettere il consolidamento dei legami familiari anche quando manchino le condizioni pe l'adozione piena.

[26] Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, rinvenibile in *www.foroitaliano.it*. Con riferimento al connesso tema della trascrizione di provvedimenti stranieri che riconoscono i legami genitoriali da *surrogacy,* si rimanda ai principi espressi da C. Cass., 21 giugno 2016, n. 19599, in *Corr. Giur.* 2017, n. 2, pp. 181- 198, con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli* status filiationis, richiamata dalla recentissima ordinanza della Corte d'Appello di Trento che ha ammesso la trascrizione dell'atto di nascita straniero recante l'indicazione di due genitori dello stesso sesso (nella specie due padri); v. App. Trento, ord., 2 febbraio 2017, in *www.articolo29.it*.

dell'ostetrica e l'identità maschile della "gestante" negli atti di stato civile (oltre ad un possibile legame di paternità biologica-genetica): in questo caso, non si dubita che l'ufficiale di stato civile chiamato a compilare l'atto di nascita avrebbe più di qualche incognita e il figlio in questione potrebbe rischiare di esser dichiarato "privo di stato".

3. Sulla base delle precedenti considerazioni, occorre preliminarmente approfondire l'ambito di applicazione e i conseguenti effetti dell'azione di mantenimento (di cui è bene ricordare anche le ricadute successorie) nei confronti dei figli non riconosciuti e/o non dichiarati, ma che rientrino nell'alveo di quei figli non riconoscibili di cui all'art. 251 c.c., non solo in caso di impossibilità assoluta e originaria[27].

Sostenendo che l'azione in parola sia proponibile solo nel caso di impossibilità assoluta, a ben vedere, anche la più tradizionale ipotesi verrebbe oggi esclusa e il dispositivo si rileverebbe privo di significato: il figlio nato da genitori parenti o affini, infatti, a seguito della recente novella potrebbe comunque agire per ottenere la dichiarazione giudiziale di maternità e paternità[28].

La *ratio* originaria della protezione patrimoniale sussidiaria al riconoscimento dello stato di figlio era, evidentemente, quella di colmare i vuoti di tutela nascenti, oltre che dal divieto (nel tempo mitigato) di riconoscimento dei figli adulterini ed incestuosi, anche dai rigidi presupposti e limiti temporali delle azioni di stato, oggi rese imprescrittibili almeno per il figlio. Ciò non toglie che le forme di tutela patrimoniale, previste dagli artt. 279, 580 e 594 c.c., non possano rivitalizzarsi nell'ottica della menzionata "responsabilità da procreazione", per far sì che anche il figlio non riconosciuto dal genitore, per qualsiasi causa[29], possa comunque durante la fase evolutiva ottenere da questi il mantenimento, l'educazione, l'istruzione, oltre all'assistenza morale cui ha diritto sino all'indipendenza economica, e mantenere una valorizzazione del proprio "stato" anche in sede successoria.

Come anticipato, appare se possibile ancor più significativo approfondire il tema con riferimento alle ipotesi di nuove genitorialità, che danno luogo ai citati casi di filiazione non riconoscibile/non dichiarabile, fra cui *surrogacy* e p.m.a. eterologa di coppia di donne (in cui vi è una madre genetica e una madre gestante), rispetto cui le tradizioni regole attributive

---

[27] Nella dottrina più risalente, A. DE CUPIS, *Della filiazione legittima*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, cit., pp. 203 ss.; ID., *Sulla sfera di applicazione dell'azione* ex *art. 279 c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 1983, p. 195; A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, cit., p. 1851; ID., *L'azione di mantenimento* ex *art. 279 c.c. dopo la riforma del diritto di famiglia. Problemi di diritto intertemporale*, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 699; P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, cit., p. 172. Così, in giurisprudenza, Cass., 24 gennaio 1986, n. 467, in *Foro it.*, 1987, I, c. 542; Trib. Vigevano, 13 marzo 1980, in *Dir. fam. pers.*, 1980, p. 892; Trib. Min. L'Aquila, 9 febbraio 1999, *Dir. fam. pers.*, 2000, p. 147.

[28] A. CORDIANO, *La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 274 c.c. e i problemi di coordinamento con il rinvio operato dall'art. 279 c.c. L'interesse del minore come questione aperta*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, pp. 915-942.

[29] Si ravvisano, infatti, plurimi interessi meritevoli di tutela in capo al figlio che decida, per le cause più diverse, di non agire per il completo accertamento della propria origine e si limiti a domandare l'accertamento dei diritti inerenti alla filiazione senza la sua formalizzazione, (si pensi al rifiuto di rendere noto il rapporto anche attraverso l'acquisto del cognome, di instaurare tutti i rapporti giuridici di parentela conseguenti e di dar luogo a rapporti successori reciproci); cfr. F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, *Art. 315-319*, Commentario fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2006, p. 275.

dello stato non consentono di ottenere un riconoscimento giuridico della filiazione pur in presenza di legami biologici-genetici fra le parti (fra figlio e madre genetica committente; fra figlio e seconda madre genetica ma non gestante, ovvero nel caso inedito di figlio nato da persona transitata nel sesso maschile in caso di assenza di una certificazione dello stato).

In merito, le previsioni sullo stato del nato attraverso tecniche di procreazione medicalmente assistita potrebbero consentire alcune riflessioni. E' innegabile che gli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004 siano indirizzati nel senso di ancorare la responsabilità genitoriale (sotto il profilo personale e patrimoniale) della coppia che accede a tale tecnica all'elemento volontaristico per così dire iniziale; l'aver prestato il consenso a tale tecnica, infatti, impedisce alla madre di potersi avvalere della volontà di non essere nominata nell'atto di nascita ai sensi dell'art. 30, c. 1, d.p.r. n. 396/2000, e nega al coniuge o al convivente l'azione di disconoscimento della paternità (art. 235, c. 1, nn. 1 e 2, c.c.), o l'impugnazione del riconoscimento (art. 263 c.c.). In buona sostanza, la disciplina della p.m.a. nega ai genitori non genetici, quindi "intenzionali", di svincolarsi dalle responsabilità genitoriali, peraltro equiparando la filiazione dentro e fuori il matrimonio sotto il profilo di una presunzione assoluta di paternità derivante dal consenso prestato alla p.m.a.

Ecco che, dall'analisi della *ratio* della protezione del nato da p.m.a. è possibile riconoscere, nell'attuale assetto normativo, già un ipotesi in cui vi è l'attribuzione della genitorialità a persone che l'hanno desiderata e perseguita a prescindere dai legami genetici. Se questo è vero, allora, anche a livello normativo è già avvenuto un superamento, seppur particolare, del dato biologico-genetico della filiazione al solo scopo evidente di tutelare i figli nati per il tramite di tecniche di procreazione. Se il vero obiettivo rimane l'interesse del minore, sotto questo profilo si intravede una *chance* di abbandonare quell'equazione "nascita da maternità surrogata-assenza di stato", assunta in passato dalla Suprema Corte nel caso di coppia committente priva di legami genetici con il nato[30], eventualmente per tappe intermedie; passaggi progressivi, infatti, potrebbero ravvisarsi nella possibilità di riconoscere, se non una genitorialità sociale, quantomeno una forma di responsabilità in coloro che hanno consapevolmente attuato scelte procreative.

Sin d'ora, tutti i casi di *surrogacy* posti all'attenzione dei giudici italiani domandavano l'accertamento del rapporto da parte di coloro che desideravano acquisire i diritti e i doveri connessi alla filiazione, ma ragionando a contrario è ugualmente importante iniziare a riflettere su strumenti in grado impedire a coloro che (più o meno direttamente) hanno contribuito alla nascita di una nuova vita di sottrarsi ai doveri di crescita, mantenimento e cura dei figli desiderati. E' sufficiente sottolineare come, mentre per il figlio nato da coppia eterosessuale attraverso la fecondazione assistita (omologa o eterologa che sia) gli artt. 8 e 9 della legge sulla p.m.a. consentino il massimo grado di tutela, per il figlio nato grazie alla *surrogacy* o alla p.m.a. realizzata da una coppia femminile non vi sia alcun dispositivo di protezione. Posto che ancora l'ordinamento non consente la costituzione del rapporto genitoriale nei casi sopra elencati e nei casi di pura genitorialità "sociale", allo stato dei continui mutamenti culturali e sociali appare sicuramente rilevante provare a riflettere sulle modalità

[30] Cfr. Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it*, 2014, p. 3408, ove l'equazione anzidetta è stata completata da una condizione di stato d'abbandono *ipso iure*.

attraverso cui proteggere il dogma dell'interesse del minore con le disposizioni oggi esistenti: l'art. 279 c.c. potrebbe forse costituire un primo tassello per modellare regole di protezione minime per i figli nati a seguito di scelte procreative non convenzionali, sebbene tali suggestioni meritino approfondimenti più ampli. Non è possibile, infatti, in questa sede ambire a definire con certezza se la protezione patrimoniale offerta dalla norma analizzata, al netto di tutte le estensioni possibili, sia comunque ancorata al dato biologico-genetico della filiazione o possa da questo prescindere.

E' certo, invece, che la previa autorizzazione giudiziale richiesta dall'art. 279 c.c. consente al giudice di verificare se il figlio minore, a prescindere dalla presenza di una impossibilità assoluta o relativa alla costituzione del rapporto di filiazione, non abbia le disponibilità economiche per far fronte a tutte le sue esigenze quotidiane, di formazione, di cura e di crescita personale, ovvero se il figlio maggiorenne si trovi in una condizione di stato di bisogno non già risanata dalla presenza di eventuali altri obbligati *ex* art. 433 c.c.

In gioco, a ben vedere, vi sono i soli diritti connessi alla filiazione e non la sua certificazione formale[31], oggi non consentita dai meccanismi di accertamento dello *status* poco inclini a modellarsi al complesso panorama della genitorialità contemporanea, con particolare riguardo al versante materno. Nelle ipotesi inedite elencate, infatti, tutte le volte in cui la gestante dichiari di non voler essere nominata nell'atto di nascita, nell'ambito di *surrogacy* o meno, al figlio privo di stato sarebbe preclusa la possibilità di esser riconosciuto o accertare giudizialmente il legame con la madre genetica, atteso che il terzo comma dell'art. 269 c.c. recita che "la maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre".

Anche la possibilità del figlio maggiorenne non riconosciuto e in stato di bisogno di agire per gli alimenti, è inquadrabile come un completamento della tutela patrimoniale offerta dall'ordinamento, che sopperisce al rigore dell'elencazione tassativa dei soggetti obbligati alla prestazione alimentare *ex* art. 433 c.c., comprensiva, quindi, anche del genitore individuato come tale da una statuizione *incidenter tantum* del tribunale senza la certificazione del rapporto di filiazione.

Sotto questo profilo, analizzando la disposizione, appare pleonastico il riferimento alla cessazione del diritto al mantenimento di cui all'art. 315 *bis* c.c., atteso che quest'ultimo diritto ben si distingue nei contenuti e nella prospettiva temporale del figlio dal diritto agli alimenti[32]. É altrettanto palese che, ove il soggetto raggiunga la maggiore età, ma non

[31] In materia di accertamento incidentale del rapporto di filiazione, v. Cass., 24 gennaio 1986, n. 467, in *Foro it.*, 1987, I, c. 542; Cass., 22 gennaio 1992, n. 711, in *Giur. it.*, 1993, I, n. 1, c. 137, con nota di M. SESTA, *Sui diritti verso il preteso padre naturale di colui che ha lo stato di figlio legittimo altrui*, in *Vita not.*, 1992, p. 640; Cass., 28 agosto1999, n. 9065, in *Giust. civ. mass.* 1999, p. 1853; Cass., 1 aprile 2004, n. 6365, in *Fam. dir.*, 2005, pp. 27 ss.

[32] Non vi è incertezza sul contenuto del diritto agli alimenti ai sensi dell'art. 438 c.c.: possono essere chiesti solo dalla persona che si trovi in caso di bisogno e sia nell'impossibilità di provvedere al proprio sostentamento; devono essere parametrati al bisogno di chi li domanda e alle condizioni economiche dell'obbligato; non possono comunque essere in misura superiore rispetto alle necessità di vita dell'alimentando in considerazione della sua posizione sociale (tenendo conto evidentemente anche delle necessità di vitto e alloggio, di cure ecc.). Diversamente, l'obbligo di mantenimento del minore d'età o del maggiorenne, ma non ancora indipendente, risponde a tutte le esigenze di crescita consapevole, formazione ed educazione in ambiente consono. Si

l'indipendenza economica, avrà diritto al pieno mantenimento (art. 337 *septies* c.c.); mentre potrà ottenere solo la tutela alimentare se, successivamente alla raggiunta capacità economica, si ritrovi privo delle più minime risorse di sostentamento. Così discorrendo, appare fuorviante intendere che il figlio debba aver già esperito l'azione per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione, per ottenere successivamente gli alimenti, atteso che la tutela alimentare potrebbe rappresentare proprio l'*extrema ratio* del figlio che, divenuto maggiorenne, sia riuscito a provvedere alle proprie esigenze sino al momento della caduta in "stato di bisogno".

Le considerazioni che precedono accolgono, dunque, un'interpretazione estensiva dell'art. 279 c.c. nella parte in cui il rimedio si applica a tutti i figli privi di stato, nei casi in cui non possa "proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità", nei termini palesemente generali della riforma del 1975 e non modificati sin d'ora. Una tale interpretazione estensiva permetterebbe di attualizzare la protezione offerta dagli artt. 279, 580 e 594 c.c.: tralasciando le perplessità sul riconoscimento di responsabilità patrimoniali in capo ai "genitori intenzionali" su cui sarà necessario soffermarsi in futuro, i dispositivi in esame dovrebbero potersi applicare quantomeno ai casi in cui il figlio sia privo di stato (o voglia ottenere il riconoscimento del secondo genitore genetico) e non possa oggettivamente proporre l'azione di accertamento e costituzione della filiazione con i genitori biologici-genetici nell'attuale sistema normativo. In queste ipotesi, ove il figlio non abbia mezzi per provvedere al proprio sostentamento o per far fronte al suo stato di bisogno, i meccanismi indicati permetterebbero di trovare il massimo di tutela possibile nell'attuale panorama normativo senza "imbrigliarsi" nella clausola di ordine pubblico, evitando la duplicazione dei diritti derivanti dallo stato di figlio, ma rispettando l'art. 30 Cost. che impone l'obbligo di mantenere, educare ed istruire i figli a prescindere dalla formalizzazione dello *status*[33]. Come previamente sottolineato, dunque, il controllo pubblicistico *ex* art. 251 c.c., piuttosto che filtro di meritevolezza e fondatezza dell'azione (tesi condivisibile solo durante la vigenza dell'art. 274 c.c. dichiarato costituzionalmente illegittimo)[34], potrebbe intendersi come mero "nulla osta" al riconoscimento, nelle ipotesi in cui il figlio non possa costituire il legame quantomeno con i propri genitori biologici-genetici a prescindere dalla causa di impossibilità, sia essa assoluta ed oggettiva (di diritto) ovvero relativa e soggettiva (di fatto).

badi, peraltro, che la decorrenza dell'obbligo di mantenimento individuato in un procedimento *ex* art. 279 c.c. è la medesima di quella che deriva dalla dichiarazione giudiziale di paternità e maternità, ossia ha effetti retroattivi, mentre per quanto riguarda gli alimenti il diritto in questione decorre dalla data della domanda o dalla costituzione in mora se seguita entro sei mesi dalla domanda stessa (art. 445 c.c.). Per tutti, T. AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984; R. PACIA, *Degli alimenti,* in *Commentario al codice civile,* diretto da E. GABRIELLI*, Della famiglia*, a cura di Balestra*,* III, Torino, 2009, *sub* art. 445, pp. 469 ss.

[33] Cass., 9 giugno 1990, n. 5633, in *Giust. civ. mass.* 1990, n. 6.

[34] L'autorizzazione, allora, avrà caratteri diversi da quella prevista per il riconoscimento della filiazione: avrà ad oggetto l'identificazione del genitore attraverso una cognizione sommaria e la verifica dello stato di bisogno del figlio maggiorenne; dunque l'autorizzazione dovrebbe ritenersi sempre possibile in presenza di tali presupposti, condividendo l'opinione di M. DOGLIOTTI, *La filiazione fuori dal matrimonio. Artt.250-29*, *Artt.250-290*, *Comm. Schlesinger*, 2014, p. 463.

4. Nella c.d. responsabilità per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione di cui all'art. 279 c.c., dovrebbe pacificamente includersi il diritto all'assistenza morale da parte dei propri genitori, anche alla luce dell'odierno art. 315 *bis* c.c. che riconosce tale diritto a tutti i figli senza discriminazioni di sorta; trattandosi di un diritto fondamentale del minore, ciò dovrebbe valere anche nell'ipotesi di genitori ritenuti "non riconoscibili" dall'ordinamento, sebbene i limiti di detta estensione vadano prudentemente verificati.

In questa prospettiva, sono ben note nel diritto di famiglia le ipotesi di attribuzione di una responsabilità di tipo patrimoniale in qualche modo slegate dall'attribuzione all'obbligato dei *diritti della potestà genitoriale*: si pensi all'obbligazione alimentare in favore del figlio che sopravvive in capo ai genitori decaduti (rispetto ai quali cessa l'esercizio della potestà, ma non la titolarità della responsabilità genitoriale)[35]; all'obbligo dell'affidatario di mantenere i minori durante il periodo di affidamento seguendo le indicazioni dei genitori in ordine alla funzione educativa; all'eventuale obbligo alimentare dell'adottante del maggiore d'età *ex* art. 433, n. 3. Non è nuova neanche la duplicazione di legami familiari, se si pensa proprio al caso dell'adozione in casi particolari[36] (per non parlare delle istanze di riconoscimento del ruolo del genitore sociale nelle famiglie allargate o in genitorialità omoaffettive[37]) che contempla la prosecuzione dei rapporti affettivi (ma talvolta anche giuridici) con la famiglia d'origine, ma l'attribuzione della titolarità delle funzioni genitoriali agli adottanti; situazione solo in parte assimilabile all'ipotesi di adozione di maggiorenne, attraverso la quale viene riconosciuto giuridicamente il legame adottivo fra adottato ed adottante manifestato anche con la trasmissione del cognome (*status personae*), senza intaccare il precedente stato di

---

35 Cfr. L'introduzione dell'art. 448 *bis* c.c. ad opera del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, per il quale il figlio, (anche adottivo) e i discendenti prossimi non sono tenuti all'adempimento dell'obbligo di prestare gli alimenti al genitore nei confronti del quale è stata pronunciata la decadenza dalla responsabilità genitoriale, i quali, peraltro, per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'articolo 463, possono escluderlo dalla successione. F. RUSCELLO, *L'imbrunire del* de patria potestate? *Note a margine dell'esclusione dalla successione per decadenza dalla responsabilità genitoriale*, in *Vita not.*, 2015, pp. 1065-1078.

36 L. LENTI, *Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in *Tratt. dir. fam.* Zatti, II, *Filiazione*, Milano, 2002, pp. 575 ss.; A. FIGONE, *Adozione legittimante e mantenimento dei rapporti tra minore e famiglia d'origine*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 118; G. CAFFARENA, *L'adozione "mite" e il "semiabbandono": problemi e prospettive*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 393; M. DOGLIOTTI, *Adozione "forte" e "mite", affidamento familiare e novità processuali della riforma del 2001, finalmente operative*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 427. Ad eco della sentenza di condanna *Zhou c. Italia*, 21 gennaio 2014, della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 8 CEDU in relazione ad una procedura adottiva, la giurisprudenza e la dottrina italiana continuano a riflettere sulle possibilità (ma anche sui pericoli) di nuove forme di gestione della responsabilità e potestà genitoriale; v. F. OCCHIOGROSSO, *Con la sentenza Cedu Zhou contro l'Italia l'adozione mite sbarca in Europa*, in *Min. giust.*, 2014, p. 268. Per alcune considerazioni sulla nuova disciplina che tutela il diritto alla continuità affettiva dei minori, v. A. CORDIANO, *Una riflessione su affidamenti lunghi, adozione minus quam plena e affido a rischio giuridico: in occasione della nuova disciplina sulla tutela del diritto alla continuità affettiva*, in corso di pubblicazione su *Nuova giur. civ. comm.*

37 Cfr. Trib. Palermo, dec. 13 aprile 2015, in *Giur. it.*, 2015, p. 1363, con nota di L. ATTADEMO, *L'interesse del minore a frequentare il genitore sociale omosessuale*; Trib. min. Brescia, 21 dicembre 2010, *Dir. fam.*, 2011, n. 3, p. 1276, cui anche S. VERONESI, *Genitore "sociale" e relazioni di fatto: riconosciuta la rilevanza dell'interesse del minore a mantenere un rapporto stabile e significativo con il convivente del genitore biologico,* in *Corr. Giur.*, 2015, n. 12, p. 1549. Trib. min. Napoli, 24 novembre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 80; Trib. min. Roma, 8 gennaio 2003, in *Giur. mer.*, 2003, p. 1122.

figlio, permettendo allo stesso di subentrare nella posizione successoria dei genitori e dell'adottante[38].

Per il figlio minore, da un lato, si è considerata la possibilità di una forma particolare di potestà, a contenuto fattuale, interno al rapporto genitori-figli[39]; dall'altro, taluni hanno ipotizzato che – negata l'autorizzazione di cui all'art. 251 c.c. –, con il passaggio in giudicato della sentenza (sebbene senza annotazioni conseguenti nei registri di stato civile), il giudice possa investire il genitore non riconosciuto (ma biologico-genetico) dei poteri connessi al mantenimento, all'educazione e all'istruzione, dal punto di vista interno ed esterno, rispetto cui saranno sempre possibili i controlli sulla responsabilità genitoriale *ex* artt. 330 e 333, eventualmente attivati dal tutore del minore[40].

Sotto il profilo contenutistico, deve osservarsi che l'art. 279 c.c. non contiene il fondamentale diritto del figlio non riconosciuto a vivere in famiglia[41] per cui, in ogni caso, parrebbe opportuna una valutazione fattuale del giudice sulle effettive condizioni di vita del minore, sull'eventuale inserimento in una famiglia e sulle sue possibilità di crescita e di educazione, per verificare se il diniego della certificazione dello *status* risponda ai suoi interessi ed eventualmente calibrare, caso per caso, la gestione dei poteri connessi all'esercizio della responsabilità genitoriale, se del caso monitorando attraverso il sistema tipico di controlli giudiziali. In questo senso, potrebbe avvenire che il giudice – negando l'autorizzazione *ex* art. 251 c.c., ovvero raccogliendo il rifiuto legittimo del genitore esercente la responsabilità genitoriale o del minore ultraquattordicenne –, nell'atipicità dei rimedi teoricamente compresi nell'alveo dell'art. 333 c.c., altresì disponga l'instaurazione di incontri e di visite protette/facilitanti nell'interesse del minore.

Anche queste ultime considerazioni manifestano il processo di adattamento delle disposizioni codicistiche al mutato sentire sociale, nel sentiero tracciato dalla Carta costituzionale e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, talmente velocizzato da far vacillare i presupposti del diritto di famiglia occidentale, ossia vincolo matrimoniale e figli nati dalla derivazione biologica e genetica dei genitori[42].

Così, se è vero che è prerogativa del singolo ordinamento la certificazione degli *status*, non è altrettanto vero che in assenza di un riconoscimento dei legami familiari questi rimangano nel territorio della giuridica irrilevanza.

---

[38] Nella configurazione originaria dell'istituto adottivo, le odierne previsioni sull'adozione di maggiorenne (art. 291 c.c. e ss.) venivano corredate da alcune disposizioni applicabili in caso di adozione di minore d'età, per i quali appunto gli effetti erano limitati ai profili patrimoniali, esclusi gli aspetti di assunzione della potestà e del relativo esercizio (art. 301 c.c. abrogato, sull'esercizio della potestà ed amministrazione dei beni dell'adottato minorenne; art. 302 c.c. abrogato, sull'obbligo di redigere l'inventario dei beni dell'adottato minorenne; art. 303 c.c. abrogato, sulla cessazione dell'esercizio della potestà sul minore adottato), su cui A. GIUSTI, *L'adozione di persone maggiori di età*, in *Tratt. Bonilini Cattaneo*, III, 2a ed., Torino, 2007, pp. 583 ss. Sull'adozione di maggiore d'età, nella vasta letteratura, v. G. FERRANDO, *Dell'adozione di persone maggiori d'età,* in *Comm. Cendon,* I, Torino, 1991, pp. 615 ss.

[39] P. TRIMARCHI, *Considerazioni sull'art. 279 del codice civile*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, I, 2, 1978, p. 2122. Si veda, inoltre, criticamente F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, *Art. 315-319*, cit., p. 274.

[40] Cfr. M. DOGLIOTTI, *La filiazione fuori dal matrimonio. Artt.250-29*, cit., p. 466 e 467.

[41] Come osservato da M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, n. 1, p. 20.

[42] F. RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, pp. 516 ss.

E' forse già da tempo iniziato il cammino per intendere la famiglia non solo come insieme riconosciuto dall'ordinamento in presenza di determinati "ingredienti essenziali" (vincolo matrimoniale o stabile convivenza[43]; assunzione di responsabilità personali e patrimoniali di una parte verso l'altra; diritti e doveri inderogabili nel rapporto fra genitori e figli), ma anche come luogo di vincoli affettivi, anche indipendenti da legami di sangue e dal giuridico riconoscimento[44]. Per esempio, sebbene l'introdotta disciplina delle unioni civili e convivenze di cui alla legge 20 maggio 2016, n. 76, la qualifichi come "specifica formazione sociale", non può negarsi l'*identità di famiglia* anche alla coppia formata da persone dello stesso sesso[45] che sia unita da una comunione di vita materiale e spirituale, allo stesso modo in cui, già dalla nascita del sistema costituzionale, non poteva negarsi tale identità alla coppia eterosessuale non unita in matrimonio.

In tale prospettiva, spesso la valutazione operata dalla Corte EDU in tema di margine di apprezzamento concesso allo Stato (sulla cui coerenza d'interpretazione, ad ogni modo, possono sollevarsi dubbi) sposta l'ago della bilancia dalle prerogative nazionali sulla definizione della "nozione di famiglia" all'obbligo, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, di non operare ingerenze indebite nella vita personale e familiare degli individui, salvo che queste intromissioni risultino rispondenti al requisito di proporzionalità e si rivelino necessarie "alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui"[46].

Conseguentemente, nel senso sopra descritto devono essere interpretate le numerose condanne della Corte di Strasburgo nei confronti dell'ordinamento italiano, spesso in materia di errata applicazione delle procedure interne atte a salvaguardare quanto più possibile l'interesse dei minori al mantenimento dei propri legami familiari nelle procedure di adozione, affidamento e presa in carico[47]. Gli orizzonti prospettati dalla giurisprudenza della

---

[43] A seguito della legge n. 76 del 2016, "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", rimane da chiedersi se il rapporto caratterizzato da una convivenza di fatto, come interpretato sino ad ora dalla giurisprudenza e dalla dottrina, debba necessariamente essere "certificata" tramite iscrizione dello stato di famiglia e quale sarà la disciplina applicabile nel regime transitorio. Per un recente commento alla normativa, v. A. CORDIANO, L*e unioni omoaffettive nell'ordinamento italiano. Troppo poco o…forse, troppo?*, in *Comparazione diritto civile,* 2016.

[44] Sul passaggio dagli *status* familiari alle identità personali e alla rivalutazione, nella complessa realtà contemporanea, della famiglia come "famiglia partecipativa", v. M. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in Riv. dir. civ, n. 2, 2005, p. 10137.

[45] Sul punto è chiara la pronuncia della Corte di Strasburgo, *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, sulla quale L. LENTI, *Prime note in margine al caso Cliari c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2015, n. 10, p. 575.

[46] Sull'interpretazione dell'art. 8 CEDU si vedano i commentari, W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2015; AA.VV., *L'homme et le droit*, *En hommage au Professeur Jean-François Flauss*, Paris, 2014, pp. 231-253; AA.VV., *The European Convention on Human Rights*, VI ed., Oxford, 2014, pp. 334-368; L. E. PETTITI, *La convention Européenne des droits de l'homme, Commentaire article part article*, Paris, 1999, pp. 323-351.

[47] Cfr. Corte EDU, *Zhou c. Italia*, 21 gennaio 2014, sulla quale A. PASQUALETTO, *L'adozione mite al vaglio della corte europea dei diritti dell'uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive de jure condendo*, in *Nuova giur. civ. comm*., p. 155, cui si aggiungono in ordine temporale le seguenti decisioni rinvenibili nella banca dati della Corte di Strasburgo *www.hudoc.echr.coe.int*; Corte EDU, *Moretti e Benedetti c. Italia*, 27 aprile 2010; Corte EDU, *Lombardo c. Ita-*

Corte europea dei diritti dell'uomo, dunque, non sono nel senso di imporre una certificazione degli *status* familiari concretamente vissuti, quanto nell'obbligo di salvaguardare la dimensione privata e familiare degli individui apportando quel massimo grado di tutela che l'ordinamento ritiene al tempo di "poter" concedere[48]. Il discorso sin qui affrontato pare evidenziare come, allo stato dell'arte, la tutela dei diritti personali e patrimoniali dei minori non riconoscibili venga ampliamente rimessa alla prudenza/discrezionalità del giudice.

lia, 29 gennaio 2013; Corte EDU, *Santilli c. Italia*, 17 dicembre 2013; Corte EDU, *Paradiso e Campanelli* c. Italia, 27 gennaio 2015, oggetto di revisione da parte della Grande Camera il 27 gennaio 2017; Corte EDU, *Akinnibosun c. Italia*, 16 luglio 2015; Corte EDU, *S. H. c. Italia*, 13 ottobre 2015; Corte EDU, *Bondavalli c. Italia*, 17 novembre 2015.

[48] E' questo il caso della citata condanna *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, per l'assenza di una qualsivoglia normativa a tutela del rapporto fra coppie omosessuali, prima della legge n. 76/2016.

I DANNI PUNITIVI NEL PANORAMA INTERNAZIONALE E NELLA SITUAZIONE ITALIANA: VERSO IL LORO RICONOSCIMENTO?

MARCO SCHIRIPPA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Precisazioni terminologiche sul significato di "*punitive damages*". – 3. I danni punitivi nel panorama internazionale. a) Il diritto inglese. – 3.1. Segue. b) I danni punitivi negli Stati Uniti. – 3.2. Segue. c) Dal *common law* al diritto europeo: la situazione in Germania e in Francia. Uno sguardo alla Corte dei diritti dell'uomo. – 4. I danni punitivi in Italia tra precedenti e strumenti simili. – 4.1. Segue. Tra apparenti certezze di chiusura e crepe di sistema. – 5. Il possibile spazio teorico dei danni punitivi nell'ordinamento giuridico italiano: danno non patrimoniale e fattispecie contemplata nell'art. 709 *ter*. – 6. L' evoluzione della giurisprudenza italiana sul danno punitivo e la compatibilità con l'istituto delle *astreintes*. – 7. Conclusioni provvisorie su un processo in itinere.

1. I c.d. danni punitivi costituiscono uno fra gli istituti più affascinanti e al tempo stesso controversi del diritto privato nei Paesi di *common law*[1].

La nozione di *punitive damages* è nata in Inghilterra nel sec. XII, allorquando si manifestò fortemente la necessità di tutelare rapporti in relazione ai quali il sistema di *common law* non prevedeva il sorgere di alcun diritto o, anche se riconosceva uno specifico diritto, non lo tutelava in maniera adeguata[2]. Inoltre, vi erano situazioni che davano luogo al sorgere di un diritto riconosciuto tale dal *common law* e per il quale la legge scritta prevedeva una tutela che in astratto appariva perfettamente adeguata, ma che in pratica non poteva essere esercitata da tutti per la sacralità delle forme[3].

Nell'ambito della responsabilità civile, si è cercato così di dare ingresso a rimedi risarcitori e restitutori che diano anche profitto al danneggiato, il quale, oltre al risarcimento del danno con funzione reintegrativa del proprio patrimonio, può così realizzare un insperato vantaggio "ultracompensativo"[4] che avrebbe una funzione deterrente capace di rafforzare quella della responsabilità civile[5]: in virtù della condanna, al danneggiante viene imposto di elargire, attraverso il risarcimento c.d. punitivo (a scopo meramente afflittivo), una somma di denaro superiore a quella effettivamente occorrenda per il mero riequilibrio delle situazioni soggettive del danneggiato lese dal proprio comportamento.

---

[1] D. B. DOBBS, *Law of remedies,* vol. I, Saint Paul, 1993, p. 452 ss.; N. POLINSKY, S. SHAVELL, *Punitive damages: an economic analysis,* in *Harv. L. Rev.*, 1998, p. 870 ss.

[2] L. MOCCIA, *Equity,* in *Digesto civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 498 ss.

[3] U. MATTEI, *Common law. Il diritto anglo-americano,* Torino, 1992, p. 35 ss.

[4] H. KOZIOL, V. WILCOX, *Punitive Damages: Common law and civil law perspectives,* Vienna, 2009; L. MEURKENS, E. NORDIN, *The power of punitive damages: is Europe missing out?,* Cambridge, 2012.

[5] R. ROMANO, *Proprietà intellettuale e nuovi profili della tutela civile cautelare,* in *Dir. ind.*, 1997, p. 503 ss.; si veda anche F. D. BUSNELLI, S. PATTI, in *Danno resp.,* 2013, p. 220 ss.

Utilizzando il principio in forza del quale a nessuno dovrebbe essere concessa la possibilità di trarre profitto dal compimento di una condotta illecita, si conferisce alla vittima dell' illecito l'opportunità di ottenere il vantaggio conseguito dal danneggiante[6]. In tal modo l'istituto non persegue solo l'obiettivo di combattere la realizzazione di profitti attraverso il compimento di atti illeciti, ma anche quello di evitare che altri soggetti siano incentivati al perseguimento di comportamenti analoghi[7], allettati dal profitto che comunque ne ricaverebbero.

I *punitive damages,* dunque, assolvono a un compito tradizionalmente affidato, in molti ordinamenti giuridici, alle norme del diritto penale e rappresentano un formidabile punto di contatto, anzi di fusione, tra il diritto privato e il diritto pubblico a conforto della visione unitaria ancorché polifenomenica dell'ordinamento giuridico[8].

Anche negli ordinamenti appartenenti alla tradizione romanistica, vi sono sempre stati settori del contenzioso civile e della disciplina della responsabilità civili ispirati da obiettivi ulteriori rispetto a quelli della mera compensazione dei danni, sicché non si segnerebbe una drastica soluzione di continuità con il passato[9] considerando fonte di risarcimento anche tali comportamenti.

Se non si è ancora affermata del tutto l'idea della possibile generalità all'ambito di applicazione dello strumento, anche in Italia sono innegabilmente sempre più numerose le ipotesi in cui la legge conferisce al giudice civile il potere di innescare il meccanismo in parola, abbandonando il tradizionale principio per cui *nemo precise ad factum cogi potest*[10].

E' in questo contesto che è si affermata una nuova sensibilità, una diversa visione degli strumenti giuridici: i giudici iniziano ad applicare un sistema che deve portare a fare giustizia, senza seguire sempre schemi precostituiti[11].

In alcuni settori dell'economia, quelli dove sembra opportuna l'introduzione di norme sovranazionali più evolute[12], sono stati prospettati da più parti scenari di uniformità delle regole giuridiche[13], che potrebbero realizzarsi proprio con l'introduzione dei danni punitivi in aree sempre più vaste dei sistemi.

Autorevole dottrina italiana[14] ha però paventato la distorsione dell'*optimal deterrence* (deterrenza ottimale) verso un'*overdeterrence* (sovradeterrenza), con il rischio probabile di crisi

---

[6] Come sanzione esemplare nei confronti di chi ha commesso in mala fede un atto particolarmente grave e riprovevole.

[7] P. PARDOLESI, *Seminari di diritto privato comparato,* Bari, 2011, p. 59 ss.

[8] M. TOCCI, *Il danno punitivo in prospettiva comparatistica,* Bologna, 2014, p. 15 ss.

[9] M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione,* Bologna, 2000, p. 87 ss.; ed ancora M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato,* Bari, 2006, p. 86 ss.; ed anche F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto,* Bologna, 2005, p. 77 ss.

[10] D. AMADEI, *Tutela esecutiva ed azione inibitoria delle associazioni dei consumatori,* in *Riv. esec. forz.*, 2003, p. 326, ss; D. AMADEI, *Le disposizioni processuali del d.lgs. 9 Ottobre 2002, n. 231: la tutela degli interessi collettivi e le modifiche al procedimento di ingiunzione,* in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 897 ss.

[11] P. CENDON, *La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale,* vol. 1, Torino, 2008, p. 179 ss.

[12] S. CASSESE, *La nuova costituzione economica,* Bari, 2007, p. 15 ss.

[13] P. PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazione da "vorrei, ma non posso?",* in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 341 ss.

[14] G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nord-americana,* in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 435 ss.; P. SIRENA, *Il risarcimento dei danni c.d. punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa,* in *Riv. dir. civ*, 2006, p. 531 ss.

economiche dovute all'uscita dal mercato di imprese incapaci di sostenere il peso dei risarcimenti imposti oltre misura, spesso per l'impreparazione dei giudici chiamati ad occuparsi del fenomeno. Proprio in ragione di ciò, il tema, sembra meriti di essere approfondito.

2. Se è vero che il termine "*punitive damages*" corrisponde nella traduzione in italiano a "danni punitivi", la parola "*damages*" significa anche "*risarcimento*"[15].

Ed in effetti "*damages*" nei sistemi di *common law* non indica semplicemente i "*danni*" o il pregiudizio sofferto dalla vittima di un illecito, bensì la somma di denaro al cui pagamento l'autore dell'illecito è tenuto nei confronti della vittima: "*the sum of money the law imposes for a breach of some duty or violation of some right*".

Dunque, "*danni punitivi*" è una traduzione in un certo qual modo ingannevole di "*punitive damages*" e una traduzione più corretta sarebbe semmai "*risarcimento punitivo*"[16].

I *punitive* o *exemplary damages* , utilizzati soprattutto nel Nord America, consistono – infatti – proprio nel riconoscimento al danneggiato, prevalentemente in ipotesi di *tort*, ossia di responsabilità extracontrattuale, di una somma ulteriore rispetto a quella necessaria a compensare il danno subito (*compensatory damages*), qualora il danneggiante abbia agito con *malice* (forma simile al dolo) o *gross negligence* (colpa grave)[17].

"*Malice*" è un termine che non ha una traduzione precisa in italiano e che è utilizzato per indicare: il dolo in generale, la premeditazione nella commissione di un reato, l'intenzionalità consapevole di un atto illecito[18].

Il meccanismo dei *punitive damages*, prevede che al danneggiato che riesca a dimostrare la *malice* o la *gross negligence* del danneggiante sia riconosciuto un risarcimento ulteriore[19] rispetto a quello necessario per compensare il danno subito (i *compensatory damages*), il cui importo è rimesso al prudente apprezzamento del giudice. Alla funzione risarcitoria, tipica del rimedio per illecito civile, si affianca quindi una finalità punitiva e di deterrenza tipica della sanzione penale, oltre che, in un certo qual modo, una funzione premiale per l'impegno profuso dalla vittima nell'affermare il proprio diritto[20].

Nella dimensione di discorso delineata, si comprende come in Italia la sensazione di incompatibilità verso i danni punitivi nasca principalmente dalla assunta natura bicipite[21] del

---

15 F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico - Law dictionary,* Milano, 1984, p. 608-611.

16 Corte giustizia CE, sez. III, 3 luglio 2006, n. 295, in *Foro amm.* CDS 2006, p. 2096.

17 F. BENATTI, *Correggere e punire:* dalla law of torts *all'inadempimento del contratto,* Milano, 2008, p. 130 ss.

18 F. DE FRANCHIS, *op. cit.,* p. 985 ss.

19 G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale,* Torino, 2010, p. 127 ss.: *"la distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale è rimasta sempre labile nel* common law*, ove per ragioni storiche la distinzione tra gli effetti del* tort *e gli effetti del* contract *e quindi tra danno contrattuale per inadempimento e danno aquiliano non si è mai radicata".*

20 F. D. BUSNELLI, *Responsabilità civile. Fatto illecito. Danni punitivi***,** in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 934 ss. In definitiva, il danneggiato non soltanto riceve una somma di denaro pari alla perdita subita per effetto del danno inferto, ma si arricchisce conseguendo una somma che va al di là, e spesso ben al di là, del pregiudizio effettivamente patito anche come premio per la sua tenacia. A fronte di una condotta particolarmente riprovevole, perché soggettivamente caratterizzata da mala fede o colpa grave, l'ordinamento reagisce dunque in modo più severo di quanto non farebbe dinanzi alla semplice colpa lieve.

21 F. ALCARO, *Valori della persona e modelli di tutela contro i rischi ambientali e genotossici,* Firenze, 2009, p. 356 ss.

nostro sistema punitivo, che comprende pene e misure di sicurezza e che tende a sottovalutare tutte le sanzioni che hanno una diversa portata afflittiva.

Questa ricostruzione, che trova giustificazione nella netta separazione interna tra diritto civile e diritto penale, nonché nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale da parte dello Stato con l'eventuale costituzione come parte civile della persona offesa, impedirebbe, in linea di principio, la possibilità stessa di instaurare un'azione civile avente tendenzialmente finalità persecutoria del danneggiante e diretta ad avvantaggiare la persona offesa.

Queste conclusioni trovano conforto anche nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo[22] e della Corte di giustizia[23] che non riconoscono l'esistenza di un istituto generale, per cui hanno respinto le richieste di condanna ai danni punitivi nell'ipotesi in cui essi non siano ammessi nel diritto interno dello Stato membro.

Esiste però un paradosso (apparente) anche tra esperienze giuridiche similari rispetto al danno punitivo, ove si rivengono possibili difficoltà di riconoscimento reciproco.

Paradigmatica sembra, in questa direzione, la situazione inglese e nel Nord America.

3. L'esperienza inglese rappresenta la declinazione in chiave europea dell'istituto del danno punitivo, istituto giuridico tipico degli ordinamenti di *common law*[24], chiamato ad assolvere la duplice funzione di punire il colpevole e di fungere da deterrente per il futuro verso condotte analoghe[25].

In questo ordinamento il risarcimento esemplare, lungi dal funzionare come strumento di regolazione pubblicistica per la prevenzione delle condotte dannose[26], esaurisce i suoi effetti esclusivamente tra le parti della singola controversia, divenendo strumento volto a sanzionare la lesione dei diritti fondamentali dell'individuo causata da condotte dannose deliberatamente poste in essere nella semplice ottica del profitto.

La maggiore contiguità dell'esperienza inglese in materia, rispetto ai sistemi di responsabilità civile continentali, la rende maggiormente idonea a divenire il punto di riferi-

---

[22] Corte europea dei diritti dell'uomo: *Acdivar C. Turchia del 1 Aprile 1998; Selcuk e Asker C. Turchia* del 24 Giugno 1998; *Mentes e altri C. Turchia,* del 24 Luglio 1998.

[23] Sentenza del 6 marzo 1996, nei procedimenti riuniti C-46/93 e C-48/93*: Brasserie du Pecheur SA C. Repubblica federale tedesca* e *The Queen c. Secretary of State for Transport.* La Corte di giustizia ha stabilito che il risarcimento dovuto dallo Stato membro in caso di violazione del diritto comunitario deve essere commisurato al danno subito, ma i danni punitivi non possono essere esclusi quando un risarcimento di questo tipo sia riconosciuto in un reclamo o in un'azione analoghi fondati sul diritto interno.

[24] Per V. D'ACRI, *I danni punitivi. Dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende ed i soggetti che adottano comportamenti illeciti,* Roma, 2005, p. 47 ss.: "*i danni punitivi, pur originando dalla nozione inglese, se ne sono distaccati e si sono sviluppati in modo peculiare, risultando disponibili in via generale per ogni caso di highly reprehensible civil wrongdoing. L'origine storica dei danni punitivi è risalente nel tempo, potendosene individuare una prima forma già nel codice di Hammurabi, del 2000 a.C. circa, nelle leggi Ittite del 1400 a.C., ed altresì nelle leggi di Mosè del 110 a. C*".

[25] C. M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità,* p. 127 ss.; P. G. MONATERI, *La responsabilità civile,* in *Trattato di diritto civile,* Torino, 1998, p. 19 ss.; G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile,* p. 289 ss.; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile,* in *Trattato della responsabilità civile,* p. 621 ss.

[26] Come, almeno in parte, avviene nell'ambito del contesto americano, ove sullo sfondo della singola vicenda giudiziaria si intravede la presenza della parte pubblica che eleva la propria pretesa punitiva nei confronti delle condotte socialmente indesiderate

mento per l'osservatore continentale che intenda avviare una riflessione sull'opportunità di introdurre rimedi di carattere sanzionatorio e preventivo all'interno del proprio sistema di responsabilità per i fatti illeciti[27].

La finalità dell'istituto, nel diritto inglese, viene ravvisata nell'affiancare il normale risarcimento quando questo è ritenuto insufficiente a realizzare tutte le esigenze tipiche di settore. Il danno punitivo inglese nasce in un sistema giudiziario che non conosce bene la distinzione tra diritto civile e diritto penale, dove la condanna al risarcimento deve anche assolvere ad una funzione pedagogica[28]. La filosofia dei "danni punitivi" vuole garantire oltretutto un effettivo equilibrio tra le parti nel processo, soprattutto quando esiste un'evidente disparità economica fra loro[29].

Nei sistemi anglosassoni, dunque, il riconoscimento dei danni punitivi è rimesso alla discrezionalità[30] del giudice e tende al perseguimento di specifici obiettivi[31].

Per ricostruire l'evoluzione dei *punitive damages* in Inghilterra, un utile referente è offerto dalla decisione della *House of Lords* nel caso *Rookes v. Barnard* del 1964[32], che ha escluso il riconoscimento di danni punitivi ad un attore lavoratore licenziato dopo le pressioni che il sindacato - da cui si era dimesso - aveva esercitato nei confronti della società dove lavorava.

In questa importante decisione la Corte ribadisce la distinzione[33] tra *aggravated damages* aventi una funzione riparatoria del danno subito, ed *exemplary damages* aventi una funzione deterrente e punitiva propria delle sanzioni penali, la cui applicazione non può essere generalizzata e deve rimanere circoscritta.

---

[27] P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012, 129 ss.

[28] La sanzione deve rappresentare un deterrente da utilizzare non solo nei confronti del condannato, ma anche verso l'intera comunità; un risarcimento pieno, in cui le esigenze di "giustizia del caso singolo" prendono il sopravvento.

[29] G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza: il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia,* Bari, 2006*,* p. 126 ss.

[30] M. A. MAZZOLA, *Responsabilità processuale e danno da lite temeraria,* Milano, 2010, p. 138 ss.

[31] Punire il colpevole per il suo malevolo comportamento, anche per non innescare fenomeni di "giustizia privata"; cercare una finalità educativa, tentando di distogliere il colpevole, e la collettività, da comportamenti socialmente dannosi, quando la minaccia del semplice risarcimento non possa costituire un valido deterrente; ricompensare la parte lesa, oltre al risarcimento, per l'impegno nell'affermazione del proprio diritto, vista come rafforzamento dell'ordine legale; attribuire al danneggiato un compenso superiore all'importo del risarcimento, quando quest'ultimo appare inadeguato.

[32] *House of Lords*, 21 gennaio 1964, *Rookes v. Barnard*, 1964, AC 1129, 1 All ER 367. In questa causa la suprema Corte traccia dei principi fondamentali per il riconoscimento dei *punitive damages*, restringendo la portata soltanto a tre ipotesi: 1) violazione dei diritti fondamentali di un cittadino da parte dello Stato (lett. *where there is "oppressive or uncostitutional action by the servant of the government*" – locuzione che per utilizzare la definizione di Lord Diplock in *Broome v. Cassell* comprende "*all persons purpoting to exercise powers of government, central or local, conferred upon them by statute or at common law by virtue of the official status or employment*"), 2) intenzione del danneggiante di ottenere attraverso un comportamento riprovevole un ingiustificato profitto che non riceverebbe adeguata sanzione applicando le normali regole di risarcimento del danno (*compensatory damages*), 3) quando siano previste espressamente dalla legge.

[33] A. BEEVER, *The Structure of Aggravated and Exemplary Damages,* in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, 2003, p. 94 ss.

Negli ultimi anni si deve registrare, però, un mutamento di orientamento da parte della giurisprudenza inglese che ha rivalutato la nozione di *punitive damages* estendendo la loro applicazione a molte ipotesi in precedenza escluse, come nel caso di *breach of contract*[34].

3.1. Provando a mettere in relazione l'ordinamento inglese con quello statunitense emerge, come osservato da alcuni autori[35], che spesso l'ostacolo che impedisce il pieno riconoscimento delle sentenze americane di condanna ai danni punitivi sembra essere costituito soprattutto dal carattere penale di tali decisioni e dalla funzione di *Private Attorney General* (una sorta di pubblico ministero), assunta eventualmente dal privato cittadino. Il riconoscimento da parte dei giudici inglesi avviene senza ostacoli quando la sentenza di condanna d'oltreoceano sia emessa a seguito di un giudizio in cui il danneggiato agisca a titolo personale, mentre viene senza dubbio escluso in tutte le ipotesi in cui la vittima agisca come pubblico ministero privato, ad esempio in materia antitrust[36] .

Di rilievo anche la questione dell'effettivo soggetto destinatario dell'importo dei *punitive damages*, che in numerosi casi non è soltanto il danneggiato. Ciò perché la funzione di *deterrence* dei danni punitivi risponde – nell'ordinamento statunitense – ad un' esigenza non solo del singolo, che viene premiato per avere tutelato il proprio diritto, ma anche della collettività. Molte legislazioni statali hanno stabilito la concessione di una quota compresa tra il 30% e il 75% a beneficio di agenzie statali, create con scopi assistenziali e previdenziali nei confronti di specifiche categorie di cittadini, colpiti dalla commissione del crimine o dall'illecito.

In altri casi al giudice è stato assegnato il compito di ripartire *pro quota* il risarcimento punitivo, tra l'attore, il suo avvocato e altri aventi diritto[37].

Di certo i danni punitivi hanno trovato terreno più fertile negli Stati Uniti, dove al loro successo hanno contribuito due fattori fondamentali: l'enfasi sull'elemento soggettivo e la giuria[38].

L'elemento soggettivo si impone come momento di raccordo tra l'origine storica degli illeciti civili, fortemente legata all'illecito penale e la loro versione attuale, che non abbandona la tradizione, ma cambia aspetto e assume la peculiarità di una sanzione[39].

---

[34] *House of Lords*, 27 Luglio 2001, *Her Majesty's Attorney General v. Blake,* dove è stato condannato al pagamento di una somma a titolo di Danni punitivi un ex-agente segreto inglese per aver violato obblighi contrattualmente assunti, pubblicando in un libro alcuni fatti che si era impegnato a non rivelare.

[35] G. BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna a risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile,* in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 489 ss.

[36] C. CROFF, *La prassi giudiziaria statunitense antitrust e il Protection of interests Trading Act del Regno Unito,* in *Riv. Dir. Internaz.*, 1981, p. 600 ss.

[37] Illinois, Comp. Stat. Ch. 735, section 5/2-1207, 1994.

[38] P. PARDOLESI, op. cit., p. 69-70.

[39] G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana,* in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 44 ss., nel quale sottolinea come "*la funzione di* punishment *sia strettamente collegata in ogni caso a quella di* deterrence *per il semplice fatto che il principale scopo di una sanzione penale è quello di prevenire il ripetersi di un comportamento del medesimo tenore. Inoltre, mette l'accento sul fatto che, indipendentemente dal grado con il quale viene svolta la funzione di deterrence, tali funzioni possono operare congiuntamente. In altre parole, l'ordinamento penale con le sue sanzioni e l'ordinamento civile, che può presentare la sanzione tipicamente penale dei* punitive damages*, possono procedere di pari passo nell'accertamento dell'anti-giuridicità di un*

Anche negli Stati Uniti la condanna a *punitive damages* presuppone che la parte danneggiante abbia agito con *malice* o con *gross negligence*, cioè ponendo in essere un comportamento gravemente colposo che integri un'ipotesi regolata dalla *law of tort*.

I *punitive damages* non dovrebbero essere riconosciuti nelle ipotesi di inadempimento contrattuale, tuttavia questo principio ha subito molte deroghe nel tempo. Il ricorso ai *punitive damages* oggi ha superato il confine dei *torts* per trovare applicazione in un'ampia gamma di ipotesi prima escluse.

Si è osservato che l'estensione delle ipotesi di *punitive damages* può essere considerata senza dubbio tra le cause principali dell'incontrollata crescita della "litigiosità" in ambito civile e l'eccessiva dilatazione del rimedio rischia di capovolgere proprio uno degli aspetti più importanti connessi alla sua introduzione. Infatti, non va dimenticato che negli Stati Uniti la maggior parte delle cause di risarcimento danni sono concluse in via transattiva con la relativa riduzione del contenzioso in sede giudiziaria. Ebbene, nonostante l'esistenza di una tradizionale carica deflativa immanente all'applicazione di *punitive damages*, l'estensione considerata rischia di innescare un andamento opposto, aumentando le liti giudiziali civili.

Strettamente connesso al dato soggettivo risulta essere il secondo elemento caratterizzante i danni punitivi: la giuria[40]. Infatti, una volta verificata, ad opera della corte, l'esistenza dei presupposti per la concessione dei danni punitivi, spetta alla valutazione discrezionale della giuria la parola decisiva sulla concessione e sul relativo ammontare[41]. La giuria, godendo, da un lato, della vigorosa garanzia costituzionale prevista dal VII emendamento e rappresentando, dall'altro, la forte esigenza di una giustizia amministrata in maniera coerente alla sensibilità della società civile nordamericana, può essere considerata un organo *pro-plaintiff,* può divenire – così come è stata – una delle cause principali dell'eccessiva estensione delle regole della responsabilità civile[42] e della deriva pericolosa dell'applicazione di *punitive damages,* in modo tale da non evitare il rischio di una doppia condanna in sede penale ed in sede civile per uno stesso illecito[43]. La questione[44] è stata sollevata di fronte alla Corte suprema degli Stati Uniti che ha escluso la violazione della clausola del "*double jeopar-*

---

determinato fatto: se il convenuto, nel giudizio civile, sia stato già dichiarato responsabile di un illecito rilevante in sede penale, ciò non costituisce una valida eccezione, nel giudizio civile, per impedire la concessione dei punitive damages".

[40] F. BENATTI, *op. cit.,* p. 56 ss.

[41] G. PONZANELLI, *Responsabilità del produttore,* in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 450 ss.; F. BENATTI, *op. cit.,* p. 59 ss., la quale osserva come tra le principali critiche mosse nei confronti delle giurie spicchi quella di essere "*facilmente influenzabili e più ostili nei confronti di convenuti potenti e ricchi*". Del resto, *"i giurati (…), hanno notevole difficoltà a tradurre in termini economici il giudizio sulla condotta e spesso più che da elementi giuridici sono influenzati da quelli emotivi o dall'intento di privilegiare la parte debole".*

[42] G. PONZANELLI, *I punitive damages, op. cit.,* p. 447 ss.

[43] C. HAMPTON, *Criminal Procedure,* London, 1997: *"il divieto di* double jeopardy *è espresso nel V emendamento della costituzione degli Stati Uniti che vieta la ripetizione del processo per la stessa offesa";* e troviamo un approfondimento della questione anche in V. VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile* – Due Process of Law *e art. 24 Cost.,* Milano, 1970.

[44] In relazione alla circostanza che non si può parlare di rischi di sovrapposizione fino a quando per uno stesso fatto è comminata una condanna civile in funzione riparatoria del danno e una condanna penale in funzione punitiva, ma certo il problema si pone nelle ipotesi in cui il provvedimento di liquidazione del danno sofferto in sede civile assume anche valore sanzionatorio.

dy", secondo cui è vietato instaurare un doppio giudizio nei confronti dello stesso soggetto per lo stesso fatto, quando sia stata già dichiarata la sua colpevolezza in sede penale e successivamente la persona danneggiata, purché si tratti di un privato cittadino, ricorra in sede civile per ottenere il riconoscimento dei danni punitivi.

La lettura costituzionalmente orientata della Corte Suprema degli Stati Uniti[45] ha consentito di mitigare le conseguenze negative di un'applicazione sproporzionata ed incontrollata del rimedio di *punitive damages*, suggerendo alle Corti dei singoli Stati alcuni criteri generali per uniformare le diverse decisioni evitando il ricorso a soluzioni eccessivamente difformi tra loro[46].

Dal punto di vista sostanziale, sono incostituzionali i danni punitivi "*largamente eccessivi*", e cioè quelli non congruenti rispetto ai criteri della riprovevolezza della condotta, del rapporto tra il danno reale e potenziale causato al ricorrente, dell'ammontare delle somme corrisposte in casi analoghi. Dal punto di vista procedurale - come recita il XIV emedamento - "*la due process clause vieta ad uno Stato di usare una condanna al pagamento di danni punitivi per punire il convenuto con riferimento ad un danno cagionato a chi non è parte nel processo o a chi non è direttamente rappresentato dalla parte… cioè a chi è, essenzialmente, estraneo alla controversia processuale*". Più cauto l'esame da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti circa la compatibilità dei *punitive damages* con l'ottavo emendamento della Costituzione americana che vieta l'applicazione di pene eccessive[47] e con il quattordicesimo emendamento secondo cui tutti hanno diritto al "*due process of law*".

Se, sulla base di tali considerazioni, vuole cercarsi un raffronto tra le due realtà di *common law*, è possibile osservare che mentre negli Stati Uniti la disciplina relativa ai *punitive damages* è stata oggetto di un'interpretazione restrittiva diretta a mitigare gli effetti negativi di un eccessivo ed incontrollato ricorso a tale rimedio, la Suprema Corte inglese non ha avuto bisogno di compiere valutazioni di questo tipo, perché i giudici inglesi hanno tradizionalmente riservato una reazione più tiepida all'accoglimento della tipologia di danno nell'ordinamento interno.

3.2. Nei Paesi di lingua tedesca le posizioni rispetto ai danni punitivi sono state le più svariate[48]. La dottrina che ha esaminato vari casi giurisprudenziali di delibazione e dichiarazione di esecuzione di condanne al risarcimento dei danni punitivi provenienti dal mondo

---

[45] G. PONZANELLI, *"Punitive damages" e "due process clause": l'intervento della Corte suprema USA,* in *Foro it.*, IV, 1991, p. 235 ss.

[46] Ad esempio, nel caso *Philip Morris USA v. Mayola Williams*, del 200746 in cui si trattava di 79,5 milioni di dollari dovuti a titolo di danni punitivi per aver negligentemente e con inganno causato la morte del marito della ricorrente, in seguito alla produzione e commercializzazione di sigarette, la Corte Suprema ha richiamato la propria precedente giurisprudenza secondo cui "*i danni punitivi possono essere propriamente imposti per realizzare un legittimo interesse dello Stato a punire una condotta illegittima e disincentivare la sua ripetizione*", precisando allo stesso tempo che si deve "*evitare una determinazione arbitraria del loro ammontare*".

[47] In particolare, i casi *Ingraham v. Wright,* 1977 e *Browining – Ferris Industries of Vermont Inc. v. Kelco Disposal Inc.,* 1988, nei quali è stato ribadito che la garanzia dell'ottavo emendamento si applica soltanto per le sanzioni penali e non per quelle civili.

[48] P. CENDON, *La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale*, Vol. 1, Torino, 2007, p. 183 ss.

anglosassone ha evidenziato come i giudici tedeschi non abbiano tenuto un comportamento univoco: sono state adottate, tanto pronunce che hanno consentito il pieno riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi, quanto sentenze che ne hanno previsto solo un parziale accoglimento, fino ad arrivare a decisioni che non hanno permesso l'esecuzione delle sentenze straniere contenenti condanne per il risarcimento dei danni punitivi, per contrarietà ai principi della *lex fori*[49]. In particolare, la giurisprudenza tedesca ha efficacemente sintetizzato la natura e la *ratio* dei *punitive or exemplary damages* in una sentenza del 1992[50], nella quale si è occupata della possibilità di delibare e rendere esecutiva una sentenza californiana contenente una condanna per *punitive damages*.

Nella sentenza in esame, è stato rilevato che la dichiarazione di esecutività della condanna al pagamento dei danni punitivi contenuta nella sentenza statunitense fosse ostacolata dal limite d'ordine pubblico espresso dal § 723, co. II, secondo periodo e § 328, co. I, n.4 ZPO (il codice processualcivilistico tedesco, *zivilprozessordnung*). Infatti, l'ordinamento tedesco prevede quale conseguenza di un'azione illecita il risarcimento del danno e non anche l'arricchimento del danneggiato.

La *Bundesgerichtshof*, inoltre, ha ritenuto fondamentale sottolineare come la funzione punitiva e la funzione pedagogica, configurabili nell'istituto dei "*punitive damages*", siano proprie del diritto penale, stabilendo come non sia possibile l'esecuzione di una condanna per danni punitivi, peraltro, nella fattispecie, di notevole entità, in assenza di precise indicazione da parte del tribunale straniero in ordine ai criteri di determinazione della condanna[51].

La conclusione è che tale sistema, pur mostrando alcune timide aperture nei confronti dell'istituto anglosassone, non ha mai riconosciuto una fattispecie così lontana dai principi contenuti nel BGB, ed una diversa soluzione avrebbe fatto superare ogni limite posto ai principi in tema di risarcimento del danno nel sistema tedesco[52].

Anche in Francia, pur essendosi sviluppata una specifica attenzione al problema dei danni punitivi a livello giurisprudenziale e dottrinale, la situazione è incerta.

Fondamentale importanza riveste la decisione della *Cour de Cassation* del 2010[53], relativa al riconoscimento di una sentenza americana che concedeva i *punitive damages* a favore di due coniugi americani per l'acquisto di una barca di produzione francese, venduta occultandone i gravi difetti causati da una tempesta e mai riparati. I due coniugi agivano in giudizio in Francia per ottenere l'*exequatur* della sentenza. Dopo una complessa vicenda processuale la Corte d'Appello di Poitiers si pronunciava per l'inammissibilità del riconoscimento, ritenendo la concessione dei *punitive damages* contraria all'ordine pubblico internazionale per due ragioni: in Francia vige il principio della riparazione integrale del danno e il risarcimento deve porre la parte nella stessa posizione in cui si sarebbe trovata se non vi fosse stato

[49] K. SIERH, *Recht Der Internationalen Wirtschaft,* Settembre 1991, p. 705 ss.
[50] Corte di cassazione tedesca, BGH, 4 Giugno 1992.
[51] S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, p. 47 ss.
[52] A. SIROTTI GAUDENZI, *Manuale pratico dei marchi e brevetti*, Rimini, 2004, p. 405 ss.
[53] *Cour de Cassation*, 1/12/2010 n. 90-13303.

l'illecito o se il contratto fosse stato adempiuto e non devono rilevare né la gravità dell'azione né il patrimonio del convenuto[54].

Il caso giunse davanti alla *Cour de Cassation,* la quale affermò che per l'accoglimento dei danni punitivi bisognava verificare la loro proporzionalità al danno.

Nel caso in questione, essi erano sembrati eccessivi[55].

L'orientamento giurisprudenziale francese si inserisce, peraltro, in un contesto dottrinale in cui l'idea di pena privata è sempre stata presente e in cui, a volte, è stata valorizzata la funzione punitiva e deterrente della responsabilità civile[56].

Nel diritto francese è messa in evidenza la presenza di istituti con finalità sanzionatorie come la clausola penale e l'*astreinte* ed è auspicata l'introduzione di *dommages-interets punitifs* che si riferiscono ai *fautes lucratifs*[57]. Infatti, quando il fatto illecito o l'inadempimento determina profitti per l'autore, il calcolo del danno dovrebbe comprenderli. Essi, hanno senza dubbio una funzione deterrente che li avvicina ai danni punitivi, anche se tali danni sono diversi tecnicamente[58].

In relazione a ciò, parte della dottrina ha messo in luce come la frontiera tra pena e riparazione, chiara a livello teorico, non sia netta nella prassi per la difficoltà di quantificazione e questa incertezza si manifesta soprattutto nei casi in cui non vi siano parametri quantitativi a cui fare riferimento, come per il danno morale e per la perdita di *chance*[59].

Le *astreintes* – peculiare istituto del diritto francese – in particolare costituiscono forme di coercizione indiretta all'adempimento, tratte dai modelli giurisprudenziali francesi e si inquadrano in quello specifico ventaglio di strumenti di coartazione della volontà del debitore che si concretano nella minaccia di sanzioni civili o penali, al fine di costringerlo ad adempiere ai propri obblighi[60]. L'esigenza è proprio quella di indurre il debitore verso lo spontaneo adempimento, specie laddove l'ordine giudiziale impartito sia quello di non fare o si tratti di un obbligo di fare infungibile.

In tal modo le *astreintes* tendono a realizzare l'effettività del "giusto processo" che tale non sarebbe se la pronuncia restasse lettera morta, ineseguita e, sotto il medesimo aspetto, costituiscono diretta esplicazione del diritto fondamentale alla difesa.

La natura sanzionatoria e non riparatoria delle *astreintes* – che non sono una forma riparatoria del danno (che ricadrebbe oltretutto nel campo del risarcimento) ma attuano una funzione sanzionatoria per la mancata spontanea ottemperanza all'ordine giudiziale e di coercizione indiretta affinché quella prestazione venga effettivamente adempiuta[61] – ha

---

[54] Inoltre, i *punitive damages* erano valutati come sproporzionati e, per tanto, inammissibili.

[55] F. X. LICARI, *La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public International, une decision en trompe – l'oeil de la Cour de cassation,* Recueil Dalloz, 2011, p. 423-427.

[56] R. DEMOGUE, *Validity of the Theory of Compensatory Damages,* 27, Yale, p. 585 ss.

[57] D. FASQUELLE, *L'existence de fautes lucratives en droit francais,* LPA, 20 Novembre 2002, 232, p. 27 ss.

[58] R. SAINT-ESTEBEN, *Leiden National Merchandising Corp. Vs Community Subscribers, Inc. & Another,* 1976, p. 370 ss.

[59] D. MAZEAUD, *La notion de clause penale, tés,* I.G.D.J., 1992.

[60] G. FALCON, *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, p. 219 ss.

[61] F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, p. 610 ss.

creato notevoli dibattiti nell'ambiente giuridico francese relativamente alla sua legittimità e compatibilità con i principi della responsabilità civile, tanto che al fine di aggirare ogni problema, i giudici francesi in pratica hanno finito per comminare *astreintes* definitive in base all'entità del danno subito.

La situazione francese è però in costante evoluzione a livello giurisprudenziale (dove per alcune pronunce è stato superato il principio di integrale riparazione del danno e si ammette la compatibilità dei *punitive damages* con il sistema) e a livello dottrinale e legislativo sembra si spinga per l'introduzione di un istituto caratterizzato dalle medesime finalità deterrenti e in parte sanzionatorie dei danni punitivi statunitensi[62].

Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo, essa ha costantemente respinto all'unanimità, anche in casi di gravi e palesi violazioni, da parte delle Alte Parti contraenti, di diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, le domande dei ricorrenti volte ad ottenere, oltre alla quantificazione monetaria dei danni materiali, del danno morale, delle spese e degli interessi, un *surplus* a titolo di danni punitivi, a fini dichiaratamente repressivi e deterrenti[63].

Eppure, se si analizza la natura delle sentenze con le quali la Corte di Strasburgo condanna gli Stati che si rendono responsabili di violazioni dei diritti fondamentali dell'uomo, si può notare come esse, al di là del risarcimento, hanno proprio la funzione di produrre un effetto dissuasivo. Quando la Corte di Strasburgo condanna uno Stato, non si può non avvertire quell'effetto "pedagogico" che sta alla base dell'istituto dei "*punitive damages*": la condanna al risarcimento dei danni patiti dal cittadino leso passa quasi in secondo piano, dato che ciò che rileva è che la pronuncia possa essere un forte monito affinché la violazione non si ripeta[64].

4. In questa cornice possiamo analizzare la situazione italiana sul punto. Il nostro sistema della responsabilità civile – come quello francese – si basa sul principio riparatorio, non sanzionatorio, rimanendo quindi estranea all'esperienza nostrana l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile; né, in queste coordinate teoriche, potrebbe trovare tendenzialmente ingresso la valutazione della condotta del danneggiante ai fini della liquidazione del danno[65].

Infatti, il nostro sistema giuridico assegna alla responsabilità civile il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante

---

62 F. BENATTI, *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, in *Il corriere giuridico*, 2012, p. 263-270.

63 Tra le altre, si possono ricordare le seguenti sentenze: *Akdivar c. Turchia* del 1 Aprile 1998; *Selcuk e Asker c. Turchia* del 24 Aprile 1998; *Cable e altri c. Regno Unito* del 18 Febbraio 1999; *contra Gaygusuz c. Austria* del 16 Settembre 1996.

64 A. SIROTTI GAUDENZI, *I ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Rimini, 2015, p. 167 ss.

65 P. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?*; in *Foro it.*, 2007, p. 1461, con nota di G. PONZANELLI, *Danni punivi: no grazie*; in *Giur.it.*, 2007, p. 2724. C'è chi, tuttavia, sostiene che vi siano aree in cui la condotta e l'elemento soggettivo abbiano una rilevanza autonoma: cfr. P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976; P. CENDON, *voce Dolo (intenzione nella responsabilità extracontrattuale)*, in *Dig. It.*, IV, sez. civ., vol. VII, Torino, 1991.

l'attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno subito[66].

Il potere in capo al giudice di disporre il risarcimento si radica esclusivamente sussistendo le condizioni proprie della responsabilità aquiliana, secondo i parametri di cui all' art. 2043 c.c. e quindi previa dimostrazione in concreto, tramite allegazione, di sufficienti indici volti a rilevare un pregiudizio effettivo ed il rapporto eziologico tra questo e la condotta dell'inadempiente[67].

Da ciò deriva che il danno, sia in ambito contrattuale che extracontrattuale, è sempre danno-conseguenza, da allegare e provare, e non esiste un danno in *re ipsa*, dal momento che altrimenti si "snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo"[68].

In definitiva, la possibilità di prevedere ipotesi risarcitorie che vadano oltre il pregiudizio subito, non può trovare accoglimento, rischiando di sconfinare nell'ambito di obiettivi di *punishment* che difficilmente possono ritenersi compatibili con la responsabilità civile[69].

Risulta evidente come l'ammissibilità di una figura quale il danno punitivo, proprio perché ipotesi eccezionale non suscettibile di applicazione analogica in altre fattispecie, rimanga circoscritta nel nostro ordinamento alla necessità di un'esplicita previsione di legge.

Ciò nonostante, i danni punitivi non sono stati trattati negli anni con il dovuto distacco che conseguirebbe dal netto rifiuto di ogni velleità sanzionatoria della responsabilità civile[70].

Evidentemente, la comune radice della "responsabilità", alla quale sono da riferirsi sia quella civile che quella penale, induce a ritenere possibili e consentiti dei "travasi" tra risarcimento e pena (testimonianza di una mai risolta divisione dei campi tra il diritto dei privati e quello della potestà punitiva dello Stato).

Parte della dottrina[71] afferma, infatti, che anche la responsabilità civile assume un ruolo sanzionatorio che intende essere complementare a quello proprio del diritto penale e le ragioni sono sintetizzate, in genere, nella necessità di un esito esemplare del giudizio di responsabilità richiesto, in particolare, per quelle condotte che stanno tra la colpa cosciente ed il dolo eventuale, quando la frode o la malizia, la violenza e la minaccia o la recidiva, siano particolarmente spregevoli, in linea con la figura delineata nelle sentenze statunitensi. Certo è innegabile un'apertura di funzioni almeno verso le *astreintes*, da rinvenirsi nella riforma attuata con legge 18.06.2009, n. 69, che sul modello francese ha introdotto uno spe-

---

66 P. FAVA, *Lineamenti storici, comparati e costituzionali del sistema della responsabilità civile*, in ID. (a cura di), *La responsabilità civile: Trattato teorico pratico*, Milano, 2009.

67 Cfr. Cass. Sez. Un., 11.11.2008, n. 26972, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 4.

68 Tar Campania-Napoli, sez. IV, 4 Luglio 2013, n. 3438, in *Foro amm. Tar*, 2013, p. 2459 ss.

69 F. NICOTRA, *Responsabilità civile e tutela dei singoli: dal risarcimento ai rimedi "ultracompensativi"*, 4 maggio 2015, in *www.altalex.com*.

70 C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale,* in *Eur. dir. priv.*, 2008, p.316 ss.

71 G. BROGGINI, *op. cit.*, p. 495 ss.

cifico strumento a carattere generale per coartare la volontà del debitore e per indurlo ad adempiere al provvedimento di condanna ad un obbligo di fare infungibile.

Si tratta della cosiddetta coercizione indiretta, prevista all'art. 614 *bis* c.p.c., a norma del quale "con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento"[72].

La norma in commento, rubricata "attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare", demanda al giudice il potere di fissare, su istanza di parte e salvo che lo ritenga manifestamente iniquo, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni sua violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento di condanna ad un obbligo di fare infungibile o di non fare.

L'intento del legislatore della riforma è quello di far leva sulla volontà di adempiere del debitore imponendo il pagamento di una "multa", in caso di mancato suo adeguamento al provvedimento di condanna, facilitando il creditore, che di fronte all'inadempimento del debitore ad obblighi di questo genere, si vedrebbe altrimenti costretto ad instaurare un successivo giudizio per far accertare la violazione[73].

Dalle *astreintes* - di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. - vanno distinte le penalità di mora che, nonostante un'apparente affinità, se ne discostano sotto un profilo sostanziale.

Sebbene i due termini vengano spesso tra loro utilizzati in maniera intercambiabile, le penalità di mora costituiscono più propriamente dei provvedimenti acceleratori della liquidazione del danno, che a differenza dell'*astreintes* non presentano natura sanzionatoria, ma prettamente risarcitoria[74]. Il loro riconoscimento in via giudiziale non prescinde quindi dall'accertamento di un danno patito in concreto dalla vittima, in quanto esplicano semplicemente la funzione di avvantaggiare la stessa nell'ottenimento in via anticipata del risarcimento dovuto. Ne sono esempi le tutele previste all'art. 66 del r.d. 929/1942[75], nonché quelle previste agli artt. 83 e 86 del r.d. 1127/1939[76].

In passato, alcuni giuristi hanno ravvisato la possibilità di configurare i "*punitive damages*" nell'ambito delle norme che disciplinano la facoltà del giudice di determinare l'ammontare del danno in via equitativa, nei casi in cui non sia possibile una precisa quantificazione[77].

---

[72] S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. ed il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 947 ss.

[73] Non si tratta quindi di una sanzione punitiva inflitta da un privato in forza di una potestà punitiva, ma di uno strumento sanzionatorio offerto dall'ordinamento ed attivabile dal privato per il tramite di un provvedimento giurisdizionale, a garanzia dei propri diritti e come forma coattiva indiretta.

[74] A. FRIGNANI, *Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, p. 506 ss.

[75] Testo delle disposizioni legislative in materia di brevetti per marchi d'impresa.

[76] Testo delle disposizioni legislative in materia di brevetti per invenzioni industriali.

[77] G. DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Tratt. dir. priv.,* P. RESCIGNO (a cura di), X, Torino, 1982, p. 412 ss.

Inoltre, parte della dottrina ritiene di potere accostare a tale rimedio dei *punitive damages* l'ipotesi della responsabilità *ex* art. 96 c.p.c., il risarcimento del danno ambientale *ex* art. 18 della legge 349/1986[78], la clausola penale, il risarcimento danni *ex* art. 12 della Legge sulla stampa; e non manca altra dottrina processualcivilista che non esclude in modo perentorio la funzione sanzionatoria e deterrente che la condanna al risarcimento dei danni può svolgere[79].

Anche nella giurisprudenza si può notare un cambio di prospettiva, in quanto la stessa Cassazione riconosce come nel nostro ordinamento siano presenti figure analoghe all'*astreinte* (*i.e.* l'art. 614 *bis* c.c.), considerate come misure, generali o speciali, atte ad ottenere l'adempimento di un obbligo mediante la pressione esercitata sulla volontà dell'inadempiente, anche se diverse dal danno punitivo.

Per gli ermellini, "*le differenze restano fondamentali: permane il fatto che l'*astreinte *non ripara il danno in favore di chi l'ha subito, ma minaccia un danno nei confronti di chi si comporterà in modo indesiderato*"[80]. Quindi, entrambe le fattispecie presentano un tratto comune rappresentato dal fatto di mirare all'adempimento, di stimolare comportamenti desiderati, ma l'*astreinte* si limiterebbe a minacciare una conseguenza in danno dell'inadempiente[81]. La Suprema Corte ha considerato l'*astreinte* oggetto di impugnazione compatibile con l'ordine pubblico italiano[82],

---

78 L'accostamento dei danni punitivi al danno all'ambiente *ex* art. 18 della legge 349/1986, recentemente abrogato dal d.lgs. 152/2006, in realtà sembra inopportuno ad una lettura attenta delle norme. Per dimostrare l'estraneità dei danni punitivi rispetto al nostro sistema non basta esaminare le norme del nuovo testo, ma è necessario fare riferimento anche al contenuto e ai problemi di applicazione dei commi sesto e ottavo dell'articolo di legge ormai abrogato. Le nuove disposizioni ribadiscono l'obbligo di risarcimento nei confronti dello Stato (fermo restando il diritto dei soggetti danneggiati dal fatto produttivo del danno ambientale, di agire in giudizio nei confronti del responsabile per ottenere la tutela dei diritti e degli interessi lesi: art. 313, co. 7), ma prevedono che l'azione sia esercitata in via esclusiva dal Ministro dell'ambiente, riconoscendo agli enti territoriali, nonché alle persone fisiche o giuridiche sui quali incidano i beni oggetto del fatto lesivo, un potere di mera denuncia.

79 F. P. LUISO, *"Diritto processuale civile"*, I, VI ed., Milano, 2011, 433.

80 La misura coercitiva indiretta, sostiene la Suprema Corte, riguarda un obbligo già posto all'interno della relazione diretta tra le parti, *"in quanto derivante dal provvedimento giudiziale e da adempiersi in futuro"*, quando, invece, la caratteristica del danno punitivo sta nel fatto di mirare sì all'adempimento futuro di un obbligo, *"restando però il contenuto suo proprio quello di sanzione per il responsabile"*; la Corte prosegue affermando che "*il parallelismo si estende in senso inverso, perché l'*astreinte*, se mira a convincere all'adempimento,* ex post *funziona anche come sanzione per il suo contrario"*. Ed è qui che il ragionamento pare meno limpido e che, come spesso accade quando si abbandona il piano teorico, la distinzione si fa meno netta.

81 Inoltre, la Corte si sofferma sul significato da attribuire all'espressione "ordine pubblico": tale clausola mira, innanzitutto, a salvaguardare la coerenza interna dell'ordinamento e va interpretata restrittivamente, alla luce anche della posizione della Corte di Giustizia.

82 "Contrarietà" all'ordine pubblico, secondo la Corte, non equivale a "diversità" di disciplina, tant'è che al giudice è richiesto, piuttosto, di verificare se gli effetti dell'applicazione di una determinata sentenza possano risultare in contrasto con i principi dell'ordinamento, ma sotto lo specifico profilo della liceità. L'ordine pubblico riguarda le regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalla legge a base degli istituti giuridici e consiste nel complesso di principi fondanti l'ordinamento e caratterizzanti la struttura etico-sociale della comunità di riferimento in un determinato momento storico.

attesa la presenza, nel *corpus* del codice di procedura civile, di un istituto come quello di cui all'art. 614 *bis* ad essa assimilabile[83].

Si intravede e si apprezza, un certo percorso evolutivo che induce la Corte stessa ad accettare che il risarcimento, sia pure in un sistema che vede il suo perno nella funzione compensativa, abbia anche altre finalità.

Vista la natura di *obiter dictum*, è senz'altro presto per parlare di un *revirement* della Cassazione sul tema della compatibilità dei danni puntivi con il nostro ordinamento.

Tuttavia, la circostanza che la sentenza in commento si distacchi dall'impostazione tradizionale, riscontrando le tesi avanzate da un parte della dottrina sulla funzione anche sanzionatoria e deterrente della responsabilità civile, fa riecheggiare il ricorso da parte della Corte al c.d. *prospective overruling*, secondo la tecnica largamente radicatasi nel sistema di *common law* statunitense. Le future decisioni giurisprudenziali potranno confermare o smentire una congettura del genere[84].

4.1. Certo non si supera una delle critiche che maggiormente viene mossa al riconoscimento dei danni punitivi e che riguarda l'eccessivo arricchimento del danneggiato[85]; sembrerebbe configurarsi un'ipotesi di violazione del principio *compensatio lucri cum damno*, laddove la prestazione risarcitoria, nel suo ammontare, superi l'entità del danno stesso, eludendo il principio per cui il risarcimento del danno deve adempiere la sua funzione ripristinatoria dello *status quo ante* (senza che siano rimasti danni non risarciti o, in senso opposto, ricavati ingiusti profitti[86]). Per questa ragione è stato proposto di separare la responsabilità dell'autore del danno dal risarcimento del danneggiato, riconoscendo direttamente allo Stato l'ammontare di quanto dovuto a titolo di sanzione punitiva[87].

Secondo alcuni, però, neanche questo correttivo sembrerebbe sufficiente a legittimare l'introduzione dei danni punitivi nell'ordinamento italiano dove, secondo la visione tradizionale, la responsabilità civile è orientata a svolgere una funzione compensativa, a meno di non accettare una inevitabile ibridazione[88].

Si deve tenere conto, come contraltare, che parte della dottrina civilistica italiana[89] ha sostenuto come la responsabilità civile ha già di per sé una valenza punitiva e l'elemento sanzionatorio può essere efficacemente ricavato dal combinato disposto degli artt. 1223,

---

83 A. C. CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sua dimensione processuale,* in *Corr. giur.*, 2009, p. 737 ss.; S. MAZZAMUTO**,** *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010, p. 3 ss.; A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)***,** in *Foro it,* 2009.

84 A. VENCHIARUTTI, *La Cassazione schiude la porta ai danni punitivi? Riflessioni attorno a Cass. Civ. 7613/15,* in *www.personaedanno.it.*

85 Tanto che anche alcuni commentatori anglosassoni (cfr. P. S. ATYAH, *The damages lottery*, Oxford, 1997) hanno parlato di "*damages lottery*".

86 "Il danno non deve essere fonte di lucro e la misura del risarcimento non deve superare quella dell'interesse leso" (Cassazione civile, sez. III 19/06/1996 n. 5650).

87 P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista di diritto civile*, Padova 2006, p. 532.

88 F. ALCARO, *op. cit.*, p. 359.

89 M. FRANZONI, *Civile e … Penale*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p.1831 ss.

1226 e 2056 c.c.[90] (come previsione minima del contenuto del risarcimento) e dall'utilizzo dei poteri equitativi del giudice in relazione alle circostanze del caso[91].

Inoltre, va evidenziato che all'interno dell'area del risarcimento del danno non patrimoniale, vi sono zone grigie[92] nelle quali l'intento riparatorio si miscela ad una caratterizzazione in senso sanzionatorio del rimedio. Ciò è stato ribadito dalla giurisprudenza impegnata in un'opera di risistemazione della materia del danno non patrimoniale, nell'ottica di un progressivo allargamento dell'area della tutela degli interessi riferibili alla persona umana, in linea con la centralità che il valore persona riveste nella Costituzione[93].

Riguardo alle obbligazioni pecuniarie, c'è chi pensa[94] che ai sensi del novellato articolo 1284, comma 4, c.c.[95], il più alto tasso di interessi legali ivi previsto non sia collegato al mero ritardo del debitore, ma sia un nuovo strumento dalla forte carica dissuasiva, che mira a scoraggiare il debitore che, senza fondate ragioni, perduri nell'inadempimento, nonostante la proposizione della domanda giudiziale da parte del creditore.

Da qui l'accostamento dell'art. 1284, comma 4, c.c. alle *astreintes* francesi, per la sua valenza punitiva, che vuole avvantaggiare non solo il creditore, ma la generalità, evitando i costi "sociali" del contenzioso giudiziale.

Anche la nostra azione collettiva[96] di cui all' art. 140 *bis* del Codice del Consumo, derivata dalla *class action* statunitense, si propone di ottenere un'efficacia deterrente verso condotte imprenditoriali non consone agli interessi dei consumatori in un contesto di "ampio accesso alla giustizia" a tutte le parti deboli del sistema socio-economico"[97]. La dottrina[98] ha messo in evidenza come la percezione che si ricava sia di ricorrere frequentemente, anche

---

[90] F. GAZZONI, *L'art. 2059 c.c. e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora!,* in *www.judicium.it.*

[91] Il giudice, infatti, tenendo in conto oltre al pregiudizio subito dalla vittima, la condotta antigiuridica tenuta dal danneggiante, il suo grado di colpevolezza e, sicuramente, l'arricchimento che egli abbia tratto dal danno ingiusto causato, potrà addivenire ad una misura risarcitoria tale da sanzionare il comportamento dannoso e disincentivarne la ripetizione da parte del medesimo consociato e/o di altri.

[92] G. CASSANO, *La responsabilità civile,* Milano, 2012, p. 1052 ss.

[93] Il processo in questione è stato scandito da una serie di pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione, le principali sono: Corte Costituzionale, 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.,* 1986, I, 2053 ss.; Corte Cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro It.* 1995, I, 3297; Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro It.,* 2003, I, 2201; Corte di Cassazione SS.UU., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Danno e resp.*, 2003, p. 816 ss., con note di F. D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona,* 2003.

[94] G. D'AMICO, *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso,* Torino, 2016, p. 40 ss

[95] Comma aggiunto dall'articolo 17 c. 2 del d.l. 12-9-2014 n. 132 convertito, con modifiche, nella legge 10 novembre 2014, n.162, secondo cui il mancato pagamento anche di una sola delle rate previste, comporta la decorrenza degli interessi legali moratori a partire dalla domanda giudiziale, valendo per il periodo anteriore la regola di cui all'articolo 1284 c.1 c.c.

[96] L'azione di classe rappresenta, anche nell'intenzione del legislatore italiano, uno strumento di disincentivazione di comportamenti abusivi, elevando così il tasso di spontaneo rispetto delle norme a fondamento pubblicistico sulla regolazione del mercato a tutela dei consumatori e degli utenti (d.lgs. 6.09.2005, n. 206, c.d. codice del consumo) e di tutte quelle disposizioni che regolamentano le attività imprenditoriali connesse ai servizi pubblici (come ad es. il d.lgs. 1.09.1993, n. 285, Testo unico in materia bancaria e creditizia ed il d.lgs. 24.02.1998, n. 58, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria).

[97] N. DELLA BIANCA, *Illecito* antitrust *e la tutela collettiva dei consumatori,* in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 284.

[98] G. VILLA, *Il danno risarcibile nell'azione collettiva*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 16.

se non necessariamente, al riconoscimento del danno punitivo in questo tipo di azioni, con risvolti problematici per l'eventuale valenza punitiva dei rimedi diretti a sottrarre al danneggiante il profitto della propria condotta illecita.

5. Pur rimanendo saldamente ancorato ad un'ottica strettamente compensativa, in quanto caratterizzato dalla "tangibilità" (garantita dalla possibilità di accertamento medico-legale in ordine alla sua sussistenza e consistenza[99]) non sembra possa ignorarsi l'emersione, all'interno della vasta area del risarcimento del danno non patrimoniale, di momenti di curvatura dell'illecito extracontrattuale a finalità sanzionatorie o preventive.

La centralità che l'essere umano acquisisce nel nostro disegno costituzionale si è tradotta nel sempre maggiore allargamento del novero degli interessi a questo riferibili, secondo un processo di depatrimonializzazione della responsabilità civile ormai non contestato da alcuno[100].

L'obiettivo, in quest'ottica, non è più soltanto quello di assicurare al danneggiato il sollievo per la perdita subita, ma diventa quello di dissuadere i consociati dal compimento di atti gravemente perturbatori di fondamentali beni della collettività[101].

In un primo momento a stimolare la riflessione è stata la categoria del danno alla salute, la cui sottrazione alle strettoie dell'art. 2059 c.c. sembrava necessaria per raggiungere l'obiettivo di sganciarne la risarcibilità, nei suoi riflessi di tipo non economico, dalla circostanza che la condotta illecita integrasse gli estremi del reato. Successivamente, l'area della risarcibilità si è estesa oltre il pregiudizio alla salute, con l'affermazione dell'idoneità della Costituzione ad accogliere il rinvio di cui all'art. 2059 c.c. e della conseguente risarcibilità del pregiudizio di carattere non patrimoniale, ogniqualvolta risulti essere leso un interesse costituzionalmente protetto[102].

---

[99] Il risarcimento avviene sulla base di tabelle giudiziarie che attribuiscono un valore ai diversi gradi di menomazione dell'integrità psico-fisica, fatta salva sempre la possibilità di personalizzazione a seconda delle circostanze del caso concreto, che consente peraltro di tenere in conto la sofferenza del soggetto.

[100] Così, fenomeni di aggressione deliberata, spesso nell'ottica spregiudicata del profitto, a tali diritti o violazioni di essi talmente gravi da apparire intollerabili agli occhi dell'ordinamento, sembrano richiedere una risposta severa che sia tale da marcarne il carattere inviolabile. È evidente che in tal senso il meccanismo compensativo, proprio perché improntato alla logica dello scambio e del pagamento del costo del danno, piuttosto che del divieto assoluto della violazione, non possa sempre adeguatamente funzionare. In questo, come in altri settori particolarmente sensibili, il discorso diventa, in sostanza, quello della differenziazione funzionale della tutela rimediale avverso gli illeciti a seconda delle finalità da perseguire: e questo potrebbe essere secondo un ordine di priorità stabilito dalla gravità della lesione.

[101] V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distribuzione,* in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 681 ss.

[102] Cfr. E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2008; G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, p. 31 ss., il quale afferma che "*il potere di concedere punizioni monetarie, che superino la misura del danno effettivamente subito, necessita della necessaria intermediazione legislativa*". Secondo L'A. "*la condotta del danneggiante assume un testuale rilievo normativo con il rinvio ai casi determinati dalla legge. Tra i quali, in primis, il reato e, in seguito alla svolta costituzionale della primavera del 2003, la lesione di diritti fondamentali. Nella quantificazione del danno non patrimoniale, in questi casi, non può non assumere una specifica rilevanza la condotta del danneggiante. Il danno non patrimoniale sofferto per l'uccisione di una persona vittima di un incidente da circolazione stradale o, invece, colpito e massacrato in un agguato camorristico, non può essere lo stesso. La valutazione del bene leso – cioè la vita – se da una parte non può che essere uguale (criterio di uguaglianza formale: uniformità di valutazione), dall'altro non può non risentire delle modalità soggettive con*

In particolare, il risarcimento del danno alla salute non può servire a porre il danneggiato nella situazione in cui si trovava prima del verificarsi del danno, in quanto il bene perduto è, per definizione, irreparabile. Di conseguenza il risarcimento del danno in tale situazione può servire solo ad affliggere il reo, ed a dissuadere i consociati dalla commissione di ulteriori danni. In tal caso il risarcimento costituirebbe una pena privata[103].

Tale conclusione, secondo i suoi sostenitori[104], consentirebbe di poter tenere conto dell'intensità della colpa nella liquidazione del danno e garantirebbe un reale effetto di deterrenza riguardo la commissione di altri atti lesivi.

Anche dall'analisi della giurisprudenza italiana emergono aree nelle quali la valutazione e/o la commisurazione del risarcimento di tale categoria di danno, avviene in base a criteri che non si possono ricondurre al modello compensativo, lasciando intravedere la volontà, pur non dichiarata, del giudice di sanzionare la condotta del danneggiante, riaffermare la dignità lesa del danneggiato in un'ottica simbolica più che compensativa, prevenire la ripetizione in futuro di condotte simili[105].

Tali aree, d'altronde, non sembrano potersi etichettare come semplici devianze patologiche dal modello ortodosso, né pare che il principio di integrale riparazione del danno abbia rilevanza costituzionale o possa paventarsi nella predetta prassi giurisprudenziale un'indebita imposizione di pene da parte del giudice senza previa predeterminazione legale del comportamento illecito[106]. Il risarcimento del danno finisce, dunque, per abbandonare la finalità riparatoria e assume una connotazione fortemente sanzionatoria, molto vicina a quella punitiva.

A conferma di ciò si deve osservare come la nostra giurisprudenza, anche costituzionale, abbia sempre concesso il risarcimento di un danno avente natura "anche" sanzionatoria, seppur non abbia mai voluto ricorrere, fino ad oggi, alla definizione "danni punitivi"[107], forse perché, come rilevato da alcuni, risulta ridondante l'introduzione della figura del danno punitivo al fianco di altre voci di responsabilità già note al nostro ordinamento[108].

Del resto, nel delicato settore degli illeciti endofamiliari, anche il legislatore è intervenuto introducendo, con Legge 54/2006 una nuova norma processuale, l'art. 709 *ter,* comma

---

le quali la stessa azione è stata posta in essere e dell'influenza che tali modalità possano aver avuto sulle situazioni soggettive protette (uguaglianza sostanziale: flessibilità ed elasticità della valutazione). Il maggior risarcimento dovuto, frutto di una valutazione personalizzata del danno, riflette una sensibilità deterrente e acquista una chiara funzione punitiva".

103 G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 296 ss.

104 M. ROSSETTI, *Il danno alla salute,* Cedam, Padova, 2009, p. 408 ss.

105 G. PONZANELLI*, La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 67 ss.

106 G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, *op. cit.*, p. 31 ss.

107 Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372; Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, 2060, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute.*

108 A. M. MUSY, *Punitive damages e resistenza temeraria in giudizio: regole, definizioni e modelli istituzionali a confronto,* in *Danno e resp.*, 2000, p. 1125 ss., il quale ritiene ridondante l'introduzione della figura del danno punitivo a fianco di altre voci di responsabilità già note al nostro ordinamento, posto che all'interno della valutazione equitativa del danno, ed in generale del sistema di valutazione dello stesso, vi sono tutti gli elementi per offrire una piena tutela alla vittima e disincentivare i possibili danneggianti; analogamente, P. G. MONATERI, *La responsabilità civile* in *Trattato di diritto civile,* (a cura di) R. SACCO, Torino, 1998, p. 336 ss.

2 c.p.c., che prevede, in un quadro di misure tipicamente sanzionatorie, una ipotesi di risarcimento del danno di incerta qualificazione[109] secondo le categorie note.

Parte della giurisprudenza[110] ha attribuito a tali ipotesi di risarcimento una funzione decisamente sanzionatoria, evidenziando l'affinità strutturale e funzionale del danno risarcibile *ex* art. 709 *ter* c.p.c., con il vecchio danno morale soggettivo[111] ed ha continuato a farlo, nonostante le sezioni unite abbiano dato risposta negativa a tutti gli interrogativi relativi alla possibile differenziazione, anche funzionale tra le diverse voci di danno non patrimoniale[112].

La giurisprudenza riferisce una casistica assai varia di condotte suscettibili di essere sanzionate ai sensi dell'art. 709 *ter* c.p.c.

Molto frequente è quella in cui il giudice adito commina la sanzione a carico del genitore che non adempie agli obblighi di mantenimento nei confronti della prole. Sotto tale profilo l'art. 709 *ter* c.p.c. costituisce uno strumento ulteriore rispetto a quelli specificamente svolti alla tutela del diritto del minore al mantenimento, quali la richiesta di sequestro dei beni dell'obbligato e l'ordine rivolto a terzi di versare una quota dei redditi dell'obbligato direttamente all'avente diritto e l'irrogazione di sanzioni penali, *ex* art. 3, Legge 54/2006.

Le sanzioni previste dall'art. 709 *ter* c.p.c. intendono fornire strumenti efficaci di attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento, intervenendo in maniera graduale e con intensità commisurata alla gravità della condotta[113].

Il complesso apparato sanzionatorio è stato introdotto per colmare un vuoto normativo caratterizzante il sistema previgente, per il quale a comportamenti pregiudizievoli o a violazioni dei provvedimenti sull'affidamento conseguiva per lo più l'irrogazione di sanzioni penali o il cambio dell'affidamento.

In altri termini la norma introduce un sistema progressivo di misure coercitive indirette, le quali inducono l'obbligato ad adempiere prefigurandogli con la sanzione una lesione più cospicua del vantaggio che riuscirebbe a trarre protraendo il suo inadempimento[114].

Occorre riconoscere, però, che la qualificazione del risarcimento del danno a favore del genitore o del minore ai sensi dell'art. 709 *ter* c.p.c. alla stregua di danno c.d. punitivo, oltre che varie questioni di carattere sistematico, solleva qualche difficoltà anche sui profili dell'*an* e del *quantum* del risarcimento, che non dovrà aver riguardo ai consueti parametri improntati alla finalità di ristoro della sfera patrimoniale e personale della vittima, bensì alla funzione deterrente funzionale alla qualità del danneggiante che richiederebbe una discrezionalità maggiore di quella possibile delineata dalla norma in questione.

---

[109] F. D. BUSNELLI, *Deterrenza, Responsabilità civile, Fatto illecito, Danni punitivi,* in *Eur. dir. priv.*, 4/2009.

[110] Ad esempio con sentenza 5.4.2007 il Tribunale di Messina ha testualmente affermato che il risarcimento del danno previsto ai punti 2 e 3 dell'art. 709 *ter* c.p.c. costituisce una forma di *punitive damages*.

[111] A. D'ANGELO, *L'art. 709 ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un "surrogato" giudiziale alla solidarietà familiare?,* in *Danno e resp.*, 2008, p. 1205 ss.

[112] G. COMANDÈ, *Il danno nella giurisprudenza dei giudici di pace. Itinerari tematici e istruzioni per l'uso,* Milano, 2009, p. 45 ss.

[113] M. SESTA, *La responsabilità nelle relazioni familiari,* Utet, Torino, 2008, p. 227 ss.

[114] A. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata*, in *I processi di separazione e divorzio*, (a cura di) A. GRAZIOSI, Torino, 2010, p. 234 ss.

6. Cercando di ricapitolare: in Italia, almeno fino a qualche anno fa, era radicata la convinzione che, in linea con la Corte Costituzionale[115] la responsabilità civile da atto illecito fosse di per sé un istituto in grado di garantire non solo la reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma altresì – anche ed almeno in parte – a prevenire e sanzionare l'illecito, come avviene per la riparazione dei danni non patrimoniali da reato; la Suprema Corte di Cassazione[116], invece, ha evidenziato – proprio negli stessi anni – come nell'ordinamento italiano vigente l'idea della punizione e della sanzione fosse estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante[117].

Negli ultimi anni, però, si sono susseguite pronunce di legittimità che, di fatto, sembra abbiano aperto uno spiraglio all'affermazione di una funzione anche sanzionatoria dell'istituto del risarcimento dei danni.

La prima di tali decisioni riguarda un'ipotesi di risarcimento danni da illecito sfruttamento del diritto all'immagine, in cui la Cassazione[118] sembra ricavare dal sistema dei rimedi una funzione non meramente compensativa. Il caso in questione, riguardava un'ipotesi di risarcimento danni da illecito sfruttamento dell'immagine di un giovane ballerino da parte di una scuola di ballo[119]. Di fatto, pur utilizzando uno strumento "tipico" quale la retroversione degli utili, la Cassazione ha manifestato una prima intenzione di ampliare la sfera del risarcimento del danno, superando l'idea secondo cui l'autore del fatto illecito è obbligato a risarcire il solo pregiudizio arrecato al danneggiato.

In una successiva pronuncia[120], i Giudici di legittimità si spingono ancora più avanti. Affermano infatti che, in tema di risarcimento dei danni patrimoniali conseguenti all'illecito sfruttamento del diritto d'autore, ai fini della valutazione equitativa del danno determinato dalla perdita del vantaggio economico che il titolare del diritto avrebbe potuto conseguire se avesse ceduto a titolo oneroso i diritti dell'opera, si può ricorrere al parametro costituito

---

115 Corte cost. Sentt. 183 e 184 del 12 giugno 2007, Commento di F. GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti,* in *Responsabilità, conti, pensioni*, 2007, p. 234 ss.

116 Corte di Cass., sent. 1183/ 2007, in *Foro it*., 2007, p. 1460 ss.

117 In particolare, alla responsabilità civile si riteneva fosse assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che avesse subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tendeva ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. Tale principio valeva per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale, per cui, secondo questa giurisprudenza di legittimità, al risarcimento non potevano riconoscersi finalità punitive.

118 Corte di Cass., 11 maggio 2010, n. 11353.

119 Nel merito la Cassazione ha affermato che: "*l'illecita pubblicazione dell'immagine altrui obbliga al risarcimento anche dei danni patrimoniali, che consistono nel pregiudizio economico di cui la persona danneggiata abbia risentito per effetto della predetta pubblicazione e di cui abbia fornito la prova. In ogni caso, qualora – come accade soprattutto se il soggetto leso non è persona nota – non possano essere dimostrate specifiche voci di danno patrimoniale, la parte lesa può far valere (conformemente ad un principio recepito dall'art. 128 della legge 22 aprile 1941, n. 633, novellato dal d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140, non applicabile alla specie "ratione temporis") il diritto al pagamento di una somma corrispondente al compenso che avrebbe presumibilmente richiesto per concedere il suo consenso alla pubblicazione, determinandosi tale importo in via equitativa, avuto riguardo al vantaggio economico presumibilmente conseguito dell'autore dell'illecita pubblicazione in relazione alla diffusione del mezzo sul quale la pubblicazione è avvenuta, alle finalità perseguite e ad ogni altra circostanza congruente con lo scopo della liquidazione*".

120 Corte di Cass., sent. n. 8730, del 15 aprile 2011.

dagli utili conseguiti dall'utilizzatore abusivo, mediante la condanna di quest'ultimo alla devoluzione degli stessi a vantaggio del titolare del diritto[121].

Certo, con un' ulteriore sentenza[122], la Cassazione Civile sembra tornare indietro. Si pronuncia nuovamente sulla questione della riconoscibilità di una sentenza straniera con cui venga concesso un risarcimento notevolmente superiore a quanto richiesto dalla parte attrice, ribadendo che nel nostro ordinamento il risarcimento del danno deve essere riconosciuto in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso[123].

In particolare la Corte ha richiamato i principi consolidati in materia di risarcimento del danno[124] e sulla base di tali principi, ha reputato viziata la sentenza impugnata sotto il profilo motivazionale, ritenendo che questa si fosse discostata, senza giustificate ragioni, dal precedente orientamento della Cassazione[125], secondo cui: *non sono risarcibili i c.d. danni punitivi, in quanto la loro funzione sanzionatoria contrasta con i principi fondamentali dell'ordinamento interno, che assegna alla responsabilità civile una funzione ripristinatoria della sfera patrimoniale del soggetto leso.*

Fermo restando nella forma il riconoscimento della natura compensativa e non punitiva del nostro sistema di responsabilità civile, la Corte di Cassazione ha però ancor più di recente aperto un ulteriore spiraglio all'affermazione di una funzione anche sanzionatoria dell'istituto del risarcimento dei danni.

Con la sentenza n. 7613 del 15 aprile 2015 la Corte di Cassazione ha ammesso per la prima volta la compatibilità dell'istituto delle *astreintes* con il nostro ordine pubblico.

Il caso riguarda una controversia inerente l'esecutività, in Italia, di un'ordinanza emessa da un giudice del sequestro di prima istanza di Bruxelles, con la quale era stato dichiarato dovuto l'importo giornaliero come *astreinte* determinato dal Presidente del Tribuna-

---

121 Con tale criterio, la quantificazione del risarcimento, più che ripristinare le perdite patrimoniali subite, svolge una funzione parzialmente sanzionatoria, in quanto diretta anche ad impedire che l'autore dell'illecito possa farne propri i vantaggi. Non si tratta, tuttavia, di un indirizzo consolidato.

122 Corte di Cass., sent. n. 1781, dell'8 febbraio 2012.

123 La vicenda de qua traeva origine da un'azione di risarcimento intentata da un lavoratore negli Stati Uniti relativamente ai danni subiti in relazione ad un infortunio sul lavoro. La Corte Suprema del Massachussets aveva condannato le società convenute (italiane) a corrispondere ciascuna al lavoratore l'importo di cinque milioni di dollari (elevati, poi, a otto, a fronte degli interessi maturati), nonostante la richiesta dell'attore non superasse i trecentocinquantamila dollari. L'attore, a questo punto, adiva la Corte d'Appello di Torino per chiedere che le pronunce fossero riconosciute e dichiarate efficaci in Italia. La Corte d'Appello, dichiarava efficace in Italia una sola delle summenzionate pronunce, ritenendo che non sussistessero ragioni ostative per il riconoscimento della sentenza statunitense. Di diverso avviso la Cassazione che, con la sentenza di cui sopra, ha cassato la pronuncia della Corte sabauda, ritenendo che la sentenza non potesse essere riconosciuta nel nostro ordinamento per contrarietà con l'ordine pubblico.

124 La Corte ha chiarito, in particolare, che: il nostro ordinamento subordina il diritto al risarcimento del danno alla prova di un concreto pregiudizio economico; deve rimanere estranea al nostro sistema l'idea della punizione del responsabile civile, per cui appare indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta; la valutazione della natura e finalità punitiva dell'eccessività dell'importo liquidato dal giudice straniero si risolve in un apprezzamento di fatto del giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato.

125 Corte di Cass. sent. n. 1183 del 2007.

le di Commercio della stessa capitale belga, in ragione del ritardo nella consegna al sequestratario di azioni rappresentative il capitale di una società immobiliare[126].

La Corte sollecitata dalle argomentazioni dei ricorrenti, i quali accostavano insistentemente l'istituto delle *astreinte*s a quello dei danni punitivi di origine anglosassone, formula anche alcune considerazioni generali sulla funzione del risarcimento del danno. Anzitutto, il Collegio evidenzia come allo strumento del risarcimento del danno, cui resta affidato il fine primario di riparare il pregiudizio patito dal danneggiato, vengono ricondotti altri fini con questo eterogenei, quali la deterrenza o prevenzione dei fatti illeciti e la sanzione. Nel passaggio testuale più significativo, la Corte riscontra, più nello specifico, l'evoluzione della tecnica di tutela della responsabilità civile verso una funzione anche sanzionatoria e deterrente e ciò "*specialmente a fronte di un animus nocendi*" come del resto, da tempo, almeno una parte della dottrina italiana ha evidenziato[127].

Quanto, invece, al principale motivo dedotto dai ricorrenti, la presunta coincidenza tra la misura in esame e i danni punitivi, la stessa Cassazione rievoca due dei suoi precedenti nei quali emerge chiaramente l'atteggiamento di radicale chiusura da sempre manifestato a riguardo dalla giurisprudenza di legittimità[128]. Per cui solo lo Stato è considerato il titolare di una potestà punitiva, legittimato ad intervenire con sanzioni criminali quando siano offesi i valori fondamentali su cui si basa l'equilibrio sociale, anche in funzione della tassatività delle ipotesi di illecito penale[129].

---

[126] Il ricorrente lamentava, tra l'altro, che la decisione del giudice belga, riconosciuta dalla Corte di appello di Palermo, era contraria all'ordine pubblico interno, contrastando l'istituto delle *astreintes* con esso: per l'ordinamento italiano il sistema della responsabilità civile avrebbe funzione unicamente reintegratoria e non già punitiva, e l'art. 614 *bis* c.p.c. non era ancora stato emanato allorché il giudice belga aveva comminato la condanna in discorso.

[127] P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, p. 101 ss.

[128] Corte di Cass. sent. n.1183 del 19 Gennaio 2007, in *Foro it*., 2007, p. 1460 ss. con nota G. SPOTO, *I* punitive damages *al vaglio della giurisprudenza italiana*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2007, 981 ss. e Corte di Cass., sent. n. 1781 dell'8 Febbraio 2012, in *Danno e resp*., 2012, p. 609 ss. con nota di G. PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio***.** La diffidenza nei confronti dei danni punitivi va ricercata in quel lungo processo evolutivo che ha portato a separare nettamente la responsabilità civile da quella penale. Quel principio di netta divaricazione tra le due sfere ha portato le Corti a guardare con circospezione quelle figure di danno che travalicano la tipica funzione della responsabilità e che assumono connotati propriamente sanzionatori, considerati tipici dell'area del penalmente rilevante.

[129] Con questa giurisprudenza concorda peraltro una parte autorevole della dottrina (cfr. C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale,* in *Liber amicorum* per F. D. BUSNELLI, Milano, 2008, p. 349 ss.) che scorge una conferma di tale tesi in alcuni dati normativi: in primo luogo nell'art. 1223 c.c. da cui si ricaverebbe l'idea per cui l'esclusiva finalità del risarcimento sia quella di ristorare il pregiudizio subìto; inoltre si sostiene che se gli si riconoscesse anche una funzione sanzionatoria, il fatto di responsabilità diventerebbe fonte di un arricchimento ingiustificato, quando il danno, si dice, non può e non deve essere risarcito in misura superiore alla mera riparazione; d'altronde tale ricostruzione si reputa confermata anche dall'istituto del risarcimento in forma specifica e dal fatto che quello per equivalente si risolva in una semplice traduzione in termini monetari della perdita in natura.

7. Dall'analisi svolta è emerso come l'impostazione classica, tradizionale e riparatoria, che si è da sempre cercato di dare alla disciplina del fatto illecito, sembra riflettere solo in minima parte il ritratto fedele della responsabilità civile effettivamente vigente[130].

Come visto, sono eterogenee e molteplici le fattispecie che prendono in considerazione la condotta dell'autore dell'illecito, prevedendo un risarcimento commisurato non tanto al pregiudizio subito dalla vittima, quanto piuttosto all'elemento soggettivo ed al profitto conseguito attraverso la lesione intenzionale dell'altrui diritto, indice che il "diritto vivente" ha finito con il dilatare enormemente le frontiere del danno risarcibile[131].

Già nel diritto romano la politica del diritto della responsabilità civile era questione assai ostica. Basti pensare all'illecito aquiliano che rimase comunque un *delictum*, cioè un illecito di diritto penale privato, ma ciò che il danneggiato riceveva in seguito all'accertamento del *damnum* subìto fu ritenuto sempre più un risarcimento[132] in suo favore, piuttosto che una mera *poena* o un'afflizione nei confronti del danneggiante.

Difatti, fu gradualmente ammesso anche il concorso tra l'*actio* aquiliana e un'eventuale azione penale pubblica, avendo la prima ormai prevalentemente una funzione di reintegrazione patrimoniale dell'offeso, laddove la seconda aveva il fine di punire il reo[133].

Tale fenomeno evolutivo rappresentò un inevitabile approdo rispetto ad una sempre più accentuata esigenza di affrancarsi dall'originaria concezione indiscriminatamente penale dell'illecito, tanto che la storia evolutiva del diritto privato romano, sotto il profilo dell'illecito, potrebbe concepirsi come la storia di una degradazione progressiva delle penalità: da una rozza concezione totalitariamente e indiscriminatamente punitiva, si passò ad una più moderna, elastica e discriminante visione[134], il cui esito finale fu l'eliminazione di ogni concezione penale dal diritto privato.

Oggi, in Italia, il c.d. danno punitivo rivendica un proprio ruolo[135] tra le maglie del meccanismo risarcitorio[136] e sembra farsi pressante il superamento di una concezione di esso strettamente legata alla colpa soggettiva, per approdare ad un meccanismo che può ancora definirsi sanzionatorio, ma che sarebbe più appropriato classificare come correttivo[137].

---

130 G. M. D. ARNONE, N. CALCAGNO, P.G. MONATERI. *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta,* Torino, 2014, p. 215 ss.

131 C. GRANELLI, *In tema di "danni punitivi"*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 1760 ss.

132 Cfr. S. LAZZARINI, voce *Responsabilità extracontrattuale nel diritto romano* in *Digesto (discipline privatistiche), op. ult. cit.,* p. 295.

133 Cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano,* 1998, p.473.

134 B. ALBANESE, voce *Illecito (storia)* in *Encicl. dir.,* Milano, vol. XX, p. 85.

135 Il suo emergere sembra essere dovuto alla circostanza che la condotta del danneggiante, o una sua intrinseca qualità, o ancora una sua posizione di vantaggio economico, o di garanzia, influisca qui, più che in altri rami del diritto privato, sull'*an* e sul *quantum* del risarcimento.

136 O. MAZZOTTA, *Danno alla persona e rapporto di lavoro: qualche domanda politicamente non corretta, alla giurisprudenza*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 443 ss.

137 P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 23 ss., il quale osserva che "*le regole di responsabilità civile mirano a coordinare una serie di azioni sociali che sfuggono alla regolamentazione di comandi centrali. Ove tale coordinamento non sia raggiunto, o venga gravemente alterato, si ha un fallimento delle regole e diviene necessario un intervento correttivo che può essere ben rappresentato dai danni punitivi.*

Al fine di rendere concreta questa interpretazione, è però necessario trovare un equilibrio tra la principale funzione satisfattiva e quella correttiva della responsabilità civile[138].

D'altronde, occorre ricordare che vi è una funzione preventiva e dissuasiva, e come tale sociale, della responsabilità civile, dalla quale in nessun caso è consentito astrarre[139].

Certo, per rafforzare adeguatamente la funzione deterrente della responsabilità civile, forse non si può prescindere da modifiche legislative che permettano di risarcire il danno morale, non solo ai sensi dell'articolo 2059 c.c., ma anche ogniqualvolta l'illecito sia compiuto in mala fede e imponga di restituire il profitto netto lucrato mediante l'ingerenza nell'altrui sfera giuridica[140].

Ma il nostro ordinamento sembra già disporre di più di uno strumento necessario per realizzare questo disegno: il principio di buona fede e correttezza, il diverso criterio di imputazione della responsabilità previsto per i professionisti, la disciplina delle condizioni generali di contratto, i contratti dei consumatori che contemplano espressamente lo stato soggettivo di malafede del contraente "forte", sono il segno che già da tempo l'elemento soggettivo del danneggiante risulta determinante per la responsabilità civile.

La paura che un risarcimento di tipo punitivo possa operare come sanzione penale al di fuori delle garanzie che accompagnano l'applicazione della legge penale, primo tra tutti il principio di legalità, non appare reale.

L'assimilazione alle norme penali è soltanto nominalistica[141] ed il rifiuto alla possibilità di un rimedio punitivo deterrente nell'ambito della responsabilità civile dipende piuttosto dalle carenze sistematiche e, di conseguenza, anche tecniche del sistema.

Prendendo in considerazione le prime, in occasione del momento di riscoperta delle pene private, si è proposta da parte della dottrina una visione articolata dell'illecito, secondo la quale "la condotta dell'uomo contraria alla norma, genera una conseguenza scomponibile in una serie di spicchi ad ognuno dei quali non può che corrispondere una propria, particolare reazione"[142].

I *punitive damages* offerti dall'analisi comparata possono offrire un rimedio congeniale alle moderne esigenze della responsabilità civile, mentre, privare l'ordinamento a priori e pregiudizialmente di questa tecnica rimediale, può comportare la cristallizzazione di un sistema di responsabilità civile ormai non più adeguato ai tempi[143].

---

138 E. MOSCATI, *Pena e diritto privato*, in *Encicl. dir.*, Milano, 1982, vol. XXXII, p. 783 ss.

139 V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 250.

140 P. SIRENA, *Il risarcimento dei cd. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 537.

141 Al riguardo si può osservare come l'identificazione di una norma penale prescinde dal tipo di sanzione comminata, dovendo stabilire in particolare se la sanzione rientra nell'elenco dell'articolo 17 c.p., disposizione che racchiude una serie di pene accomunate dalla privazione della libertà personale, cosa che non è dato riscontrare nella condanna al risarcimento dei danni punitivi.

142 G. BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 317.

143 Di fronte alle molteplici occasioni di danno dovute al progresso tecnologico e, spesso, di fronte all'impossibilità di apprestare *ex ante* procedure e accorgimenti di sicurezza per la tutela dei soggetti coinvolti, l'istituto della responsabilità civile dovrebbe operare in modo che si stimolino appropriati livelli di prudenza attuati attraverso codici di buona condotta, disposizioni contrattuali, imposizioni fiscali o divieti imperativi di legge.

In effetti, la funzione afflittivo-deterrente dei *punitive damages* piace in Italia, anzi "strapiace"[144]. Quel che spaventa è la loro concreta applicazione e quantificazione e, ancor di più, che questi nuovi rimedi risarcitori sarebbero lasciati sostanzialmente nelle mani di giudici spesso privi della necessaria preparazione professionale sulla *deterrence*. In sostanza, sembra che l'evoluzione dei danni punitivi in Italia, sia rallentata proprio dalla presenza di una classe giudiziaria "esitante" che frappone ostacoli al dinamico e naturale funzionamento di essi.

Eppure, il 16 maggio 2016, è stata depositata un'ordinanza che segna un progressivo e condivisibile allontanamento del livello di guardia della giurisprudenza di legittimità, tradizionalmente contraria all'ingresso di istituti giuridici e valori estranei all'ordinamento nazionale.

Infatti, con l'ordinanza n. 9978/2016[145], la prima sezione della Corte di Cassazione ha ritenuto opportuno un intervento delle Sezioni Unite sul tema della riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi[146].

La Corte si è domandata se la funzione riparatoria compensativa, che è prevalente nel nostro ordinamento, sia davvero l'unica attribuibile al rimedio risarcitorio e se sia condivisibile la tesi che ne esclude, in origine, qualsiasi sfumatura punitiva-deterrente. Inoltre, la Prima Sezione ha dubbi in ordine alla circostanza che il rimedio risarcitorio assuma al rango di valore costituzionale essenziale e imprescindibile del nostro ordinamento - come tale inderogabile - e sottolinea i tratti comuni tra *punitive damages* e *astreintes*, le quali non hanno

---

144 Corte Suprema Usa, 20 maggio 1996, in *Danno e resp.*, con nota di G. PONZANELLI, "*L'incostituzionalità dei danni puntivi "grossly excessive*", 1997, p. 298.

145 In *Corr. giur.*, 2016, p. 909, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1289, con nota di M. GAGLIARDI; in *Danno e resp.*, 2016, p. 827, con nota di P. G. MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni unite. Il commento*, e di G. PONZANELLI, *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi.*

146 Il caso in esame trae origine da un incidente avvenuto durante una gara automobilistica nel corso della quale, per un vizio del casco prodotto dalla società italiana AXO e rivenduto dalla società NOSA, un motociclista subiva lesioni. Il giudice statunitense, avendo la società rivenditrice con sede in Florida accettato la proposta transattiva del motociclista, aveva ritenuto che detta società dovesse essere manlevata dalla società produttrice del casco. La Corte d'Appello di Venezia veniva, dunque, adita per la delibazione della sentenza da parte della società rivenditrice e la società produttrice proponeva ricorso per Cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello. La Suprema Corte adita, si chiede innanzitutto se al riconoscimento di statuizioni risarcitorie straniere, con funzione sanzionatoria, possa opporsi un principio di ordine pubblico interno, e considera che la giurisprudenza di legittimità ha compiuto una progressiva evoluzione nell'interpretazione di tale principio, inteso originariamente come espressione di un limite riferibile all'ordinamento giuridico nazionale, costituito dal complesso dei principi che informano l'ordinamento giuridico e concorrono a caratterizzare la struttura etico-sociale della società nazionale in un determinato momento storico; ciò anche se è vero che, successivamente, si è ritenuto che l'indagine sulla conformità all'ordine pubblico andasse riferita all'ordine pubblico interno se la sentenza da riconoscere riguardava cittadini italiani, e all'ordine pubblico internazionale se riguardava soltanto cittadini stranieri. Anche se, nella giurisprudenza più recente, è prevalso il riferimento all'ordine pubblico internazionale, da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzitutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria.

profili di incompatibilità di ordine pubblico e sono stati ampiamente accolte dall'ordinamento giuridico italiano[147].

Alla luce di quanto esposto, la Corte ha ritenuto di rimettere gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

Tale pronuncia, come già alcuni precedenti della stessa Sezione[148] in sintonia con una parte della dottrina[149], sembra, dunque, far apparire all'orizzonte una coraggiosa apertura al futuro: oggi forse i tempi sono maturi perché si concluda il dibattito sui danni punitivi e se ne valorizzino gli effetti, nella convinzione che una "responsabilità civile che non accarezzi la deterrenza non è una vera responsabilità civile"[150].

Del resto, come già ampiamente evidenziato, vi sono plurimi esempi normativi che indicano la già avvenuta immissione, nel nostro ordinamento, di rimedi risarcitori con funzione sanzionatoria.

I danni punitivi possono essere contrari all'ordine pubblico e trovano un serio ostacolo nell'essere accolti nel nostro ordinamento, solo se liquidati in misura eccessiva. Prova ne è che qualora dovesse ammettersi la delibabilità delle sentenze contenenti statuizioni sui danni punitivi, il riflesso pratico non assumerebbe connotati rivoluzionari nel sistema, in quanto rimedi risarcitori con funzione essenzialmente sanzionatoria (anziché riparatoria) - come evidenziato precedentemente - già ci sono[151]. La vera ragione che osta all'ingresso dei danni punitivi nel nostro ordinamento - e nei vari ordinamenti europei - sembra dunque essere rappresentata dai problemi che implicherebbe una liquidazione di danni slegata dalla perdita effettivamente subita dal danneggiato e di entità effettivamente non prevedibile[152], ai limiti della abnormità[153].

Occorre rammentare che la categoria dei *punitive damages* è stata oggetto di plurime imitazioni e che, tra queste, vi sono anche le trasposizioni attuate in seno ad alcuni sistemi giuridici di *civil law* ad opera dei rispettivi formanti legislativi. Ne risulta che, all'interno del diritto positivo di detti ordinamenti, esistono ad oggi modelli di danni punitivi che hanno causa legale e che, sotto questo profilo, si differenziano perciò dal tradizionale paradigma

147 A ciò si deve aggiungere che lo scopo del giudizio delibatorio è di consentire l'ingresso di una sentenza straniera collegata ad uno specifico rapporto giuridico, con limitata incidenza sul piano interno, con ciò prospettando, seppure indirettamente, una diversità della portata del limite dell'ordine pubblico nel caso di ingresso di una legge straniera rispetto alle sentenze.

148 Corte di Cassazione Sezioni Unite, 22 luglio 2015, n. 15350.

149 F. BUSNELLI, *Tanto tuonò, che…non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il "sistema",* in *Corr. giur.*, 2015, p. 1206 ss. Il quale ravvisa come conseguenza di alcuni illeciti civili, non un danno inteso come danno-conseguenza, ma un'offesa per la quale si deve invocare non solo un ristoro, inteso come un rimedio, bensì una sanzione.

150 G. PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi. Un ritorno alla deterrenza.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 297.

151 G. CARDONA, *"*Punitive damages*" i nuovi orientamenti alla Sezioni Unite*, in *Guida Dir.,* 2016, n. 42, p. 28.

152 Ma questa problematica, comune sia agli ordinamenti di *civil law* che di *common law*, potrebbe essere risolta grazie all'inserimento di parametri chiari che impartiscano un tetto massimo da non valicare nella liquidazione risarcitoria. In modo da impedire lo sconfinare del risarcimento da danni punitivi verso derive di indeterminatezza e discrezionalità che inquietano le corti di legittimità italiane, francesi, tedesche e spagnole.

153 M. GAGLIARDI, *Uno spiraglio per i danni punitivi: ammissibile una sfumatura sanzionatoria nel sistema di responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1291.

angloamericano, assomigliando piuttosto alle "nostre" prestazioni pecuniarie sanzionatorie[154].

Alla luce di quanto espresso, si è senz'altro d'accordo con chi sostiene che l'epoca della postmodernità nella quale viviamo, implichi la presa d'atto della densità ed articolazione delle funzioni della responsabilità civile nel complessivo disegno della tutela civile dei diritti che, a sua volta, non può dirsi esaurito dalla tutela aquiliana[155].

E, in effetti, l'ordinanza elenca puntualmente i plurimi esempi[156] di un atteggiamento ormai cambiato nel sistema normativo interno con riguardo alla possibile attribuzione alla condanna risarcitoria anche di una funzione sanzionatoria. Il che rende realistico che le Sezioni Unite sposino l'impostazione dell'ordinanza di rimessione.

Certamente più improbabile è che l'istituto dei danni punitivi venga pienamente introdotto nel nostro sistema normativo. Ai fini di un'apertura simile, ci sarebbe da chiedersi come si pone la vicenda dinanzi alla riserva di legge contenuta nell'art. 23 Cost., la cui ingerenza nel sistema della responsabilità civile non è certamente trascurabile[157].

---

154 C. DE MENECH, *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi,* in *Riv. dir. civ.*, 2016. p. 1675.

155 C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 1124.

156 La L. 8 febbraio 1948, n.47, art.12; l'art.96 c.p.c., comma 3; l'art.709 *ter* c.p.c.; la L. 22 aprile 1941, n.633, art.158; il D.Lgs. 10 febbraio 2005, n.30, art.125; il D.lgs. 24 febbraio 1998, n.58, art.187 *undecies*, comma 2; il D.Lgs. 15 gennaio 2016 n.7.

157 Per un'approfondita analisi sul tema cfr. A. GORASSINI, *Art. 23 Cost. e responsabilità civile*, in *Resp. civ. e ass. obbl.*, a cura di M. COMPORTI e G. SCALFI, Milano, 1988, p. 259 ss.

IL REGIME SUCCESSORIO DEGLI UNITI CIVILMENTE E DEI CONVIVENTI DI FATTO

EDUARDO FERNANDES

SOMMARIO: 1. Giurisprudenza costituzionale e tutela successoria del convivente *more uxorio* prima della legge 76/2016. – 2. Gli strumenti per la tutela successoria del convivente *more uxorio* prima della legge 76/2016. – 3. Il trattamento successorio delle parti dell'unione civile: un'innovazione, ma nel solco della tradizione del diritto successorio. – 4. L'opportunità di una riforma del diritto successorio di più ampio respiro. – 5. Il regime successorio della convivenza di fatto regolata dalla legge 76/2016.

1. Prima dell'approvazione della legge 20 maggio 2016 n. 76 la tutela successoria del convivente *more uxorio* si caratterizzava per debolezza e frammentarietà[1], restando inascoltate le voci di quanti già da tempo auspicavano che al convivente *more uxorio* fossero riconosciuti diritti nell'ambito della successione legittima o, quantomeno, diritti analoghi a quelli di abitazione e uso riservati al coniuge sulla casa adibita a residenza familiare dall'art. 540, II co., c.c.

Come noto, furono sollevate dal Tribunale di Roma[2] due questioni di legittimità costituzionale: una prima con riguardo agli artt. 565 (*Categorie di successibili*) e 582 (*Concorso del coniuge con ascendenti, fratelli e sorelle*) c.c., reputati costituzionalmente illegittimi per non menzionare anche il convivente *more uxorio* tra i successibili *ex lege* in una posizione corrispondente a quella del coniuge, e una seconda con riguardo all'art. 540, II co., c.c., con l'intento di riconoscere al convivente superstite un diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza

[1] F. PADOVINI, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, *cit.*,, p. 1013. Rilevano la frammentarietà della normativa riguardante la convivenza di fatto T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2014, p. 152; F. FRANCESCHELLI, Voce *Famiglia di fatto*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, pp 365 ss. Più in generale, in merito alla rilevanza giuridica della convivenza *more uxorio*, si riportano le considerazioni di G. AUTORINO STANZIONE - P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico pratico*, Vol. I, *Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, Torino, 2011, pp. 203 ss., p. 210 e p. 214-215: «[l]'attuale scenario normativo […] sebbene connotato da non pochi richiami espliciti alla convivenza *more uxorio*, si compie ugualmente sullo sfondo di una sostanziale anomia e di un frequente ricorso all'analogia. La sola visuale costante è rappresentata dall'ottica personalistica, dalla quale riguardare l'intera vicenda onde recuperare la centralità dell'individuo in armonia con l'art. 2 Cost.»; «[l]a legislazione ordinaria, nel tempo e senza pretese di organicità, ha finito progressivamente per attribuire rilievo al profilo personale del rapporto di convivenza […]. Sotto altro profilo, non può tuttavia non rilevarsi come gli stessi interventi normativi […] si siano arrestati ai soli rapporti eterosessuali [...]».

[2] Trib. Roma, 21 marzo 1988, in *Giur. cost.*, 1989, p. 474.

dalla coppia di conviventi. Ambo le questioni sono state decise con la sentenza n. 310 del 26 maggio 1989[3].

La prima questione relativa al rapporto tra successione legittima e convivenza *more uxorio*, è stata ritenuta infondata.

È noto come tradizionalmente si sia affermato – ma un tale ordine di idee va oggi ripensato alla luce delle novità introdotte dalla legge 76/2016 – che la disciplina della successione legittima trovi la propria ragion d'essere nel vincolo familiare che lega il chiamato all'eredità al *de cuius*: rapporto di coniugio, di sangue fino al sesto grado o di adozione. È stata proprio questa una delle ragioni che ha portato la Corte costituzionale a non ritenere necessario procedere a una equiparazione tra coniuge e convivente *more uxorio*. La convivenza *more uxorio* non avrebbe potuto costituire un titolo idoneo alla individuazione dei successibili *ex lege* in quanto priva del carattere della certezza, fondandosi su un'unione libera, non giuridicizzata, dove l'*affectio* è sempre revocabile, facendo così venire meno l'unione stessa[4]. Soltanto rapporti giuridici certi potrebbero essere presi in considerazione dal legislatore ai fini della selezione dei chiamati *ex lege*.

Anche i richiami a tre norme costituzionali – gli artt. 2, 3 e 29 Cost. – contenuti nelle ordinanze di rimessione non sono stati ritenuti rilevanti ai fini del riconoscimento di una tutela successoria per il convivente *more uxorio* che arrivasse a riferirgli le norme sulla successione legittima. *In primis* si è affermato che, pur potendosi ricomprendere la convivenza di fatto tra le formazioni sociali dove si svolge la personalità del consociato, tra i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. non possono ritenersi ricompresi anche i diritti successori, anche in ragione del fatto che l'art. 42, ult. co., Cost. si affida alla discrezionalità del legislatore per l'individuazione delle categorie dei successibili. Si è poi sostenuto che non potrebbe ritenersi leso il principio di uguaglianza, in quanto l'art. 29 Cost., pur non vietando altre forme di convivenza familiare diverse da quella fondata sul matrimonio, riconosce la superiorità della famiglia fondata sul matrimonio[5]. Nella convivenza, infine, mancherebbe alla base un rapporto giuridico fonte di diritti e obblighi reciproci, per cui, anche per questo motivo, non sarebbe pensabile di accostare il convivente *more uxorio* al coniuge.

Quanto alla possibilità di riferire i diritti di abitazione e di uso di cui all'art. 540, II co., c.c. anche al convivente *more uxorio*, la Corte costituzionale si espresse per l'inammissibilità della questione.

---

[3] Corte cost. 26 maggio 1989, n. 310, in *Foro it.*, 1991, I, c. 446; in *Dir. fam. pers.*, 1989, p. 474, con nota critica di A. SCALISI, *Famiglia di fatto e diritti successori del convivente more uxorio*, il quale, ha ritenuto tale sentenza un'occasione mancata per conferire coerenza al sistema e dare attuazione ai principi costituzionali, affermando la rilevanza giuridica del rapporto di fatto sul piano successorio.; in *Giur. cost.*, 1989, p. 1407, con nota di M. CARDUCCI, *Infondatezza di questione di legittimità costituzionale riguardante rapporti di fatto e limite degli interventi additivi della Corte.*

[4] Corte cost. 26 maggio 1989, n. 310, *cit.*: «Il riconoscimento della convivenza *more uxorio* come titolo di vocazione legittima all'eredità [...] contrasterebbe con le ragioni del diritto successorio, il quale esige che le categorie di successibili siano individuate in base a rapporti giuridici certi e incontestabili [...]».

[5] Corte cost. 26 maggio 1989, n. 310, *cit.*: «È vero che l'art. 29 Cost. non nega dignità a forme naturali del rapporto di coppia diverse dalla struttura giuridica del matrimonio, ma è altrettanto vero che riconosce alla famiglia legittima una dignità superiore, in ragione dei caratteri di stabilita e certezza e della reciprocità e corrispettività di diritti e doveri, che nascono soltanto dal matrimonio».

Si affermò una relazione tra tali diritti e il riconoscimento di una quota di legittima del coniuge, ravvisandosi, quindi, un intenso legame tra i diritti di cui al 540, II co., c.c. e la vocazione a titolo di legittimario, non riconosciuta al convivente *more uxorio*.

Inoltre, si ritenne che tali diritti avessero la funzione preminente di soddisfare non tanto il bisogno abitativo del coniuge superstite[6], che verrebbe solo indirettamente tutelato, quanto interessi non patrimoniali quali quello di conservare la memoria del *de cuius* e l'interesse alla continuità del proprio *status symbol* e delle relazioni sociali[7].

Al contempo, però, il giudice delle leggi ha riconosciuto al legislatore la facoltà di innovare l'ordinamento nella direzione di riconoscere diritti analoghi al convivente *more uxorio*, essendo precluso il conseguimento di un tale risultato mediante una pronuncia additiva per il principio della separazione dei poteri.

Nonostante la posizione assunta dalla Corte costituzionale, che ha rimesso la materia alla discrezionalità del legislatore, vanno ricordate le posizioni di quella parte della dottrina[8] la quale ha ricostruito le norme di diritto successorio che prendono in considerazione il coniuge non tanto a partire dal vincolo formale rappresentato dal matrimonio, ma in ragione della condivisione di intenti e di sentimenti che dovrebbe animare i coniugi. Se è in questa comunione spirituale che va ravvisata la *ratio* che spiega la scelta operata dal legislatore di riconoscere, a partire dalla riforma del diritto di famiglia, una tutela successoria molto forte al coniuge, si è arrivati a sostenere la possibilità di estendere, a prescindere da un intervento legislativo, seppur con gli opportuni adattamenti, le norme sulla successione del coniuge anche al convivente *more uxorio*. Va precisato, tuttavia, che l'opinione prevalente[9] rimaneva quella che negava tanto l'interpretazione estensiva, quanto quella analogica delle norme che individuano i successibili *ex lege*.

Nell'ambito della giurisprudenza costituzionale un primo riconoscimento della rilevanza della convivenza *more uxorio* si è avuto con riguardo alla materia della successione nel

---

[6] Come sostiene autorevole dottrina quale C. M. BIANCA, *Diritto Civile. La famiglia, le successioni*, Milano, 1996, p. 503. Si evidenzia che la dottrina prevalente pone sullo stesso piano tanto la funzione dei diritti di cui all'art. 540, II. co., c.c. di soddisfare l'interesse economico del coniuge superstite a disporre di un alloggio, quanto quella di tutelare gli interessi di natura morale individuati in Corte cost. 26 maggio 1989, n. 310, *cit.* Cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Tomo I, Milano, 2015, p. 444. Per un'efficace sintesi delle problematiche che ruotano intorno l'art. 540, II. co., c.c. si rinvia a due recenti studi: A. Scalera, *Art. 540 c.c.*, in A. ZACCARIA (diretto da), *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2016, pp. 1043 ss., e C. Coppola, *I diritti di abitazione e di uso spettanti* ex lege, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. I, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2016, pp. 983 ss.

[7] Corte cost. 26 maggio 1989, n. 310, *cit.*: « [...] oggetto della tutela dell'art. 540, secondo comma, non è il bisogno dell'alloggio (che da questa norma riceve protezione solo in via indiretta ed eventuale), ma sono altri interessi di natura non patrimoniale, riconoscibili solo in connessione con la qualità di erede del coniuge, quali la conservazione della memoria del coniuge scomparso, il mantenimento del tenore di vita, delle relazioni sociali e degli *status symbols* goduti durante il matrimonio [...]».

[8] G. DE LUCA, *La famiglia non coniugale. Gli orientamenti della giurisprudenza*, Padova, 1996, pp. 126-127. In precedenza si era espresso in termini analoghi anche A. SCALISI, *Famiglia di fatto e diritti successori del convivente more uxorio*, in *Dir. fam. pers.*, 1989, pp. 475 ss., p. 488.

[9] D. RICCIO, *La famiglia di fatto*, Padova, 2007, p. 531; E. Moscati, *Rapporti di convivenza e diritto successorio*, Torino, 2013, pp. 293 ss., p. 295, il quale ha affermato che il problema della tutela successoria del convivente *more uxorio* «non può essere risolto da nessun punto di vista in via interpretativa».

contratto di locazione di immobile destinato a uso abitativo[10]. La Corte nel 1988, con la dichiarazione di illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost. dell'art. 6 della legge 27 luglio 1978, n. 392 (*Disciplina delle locazioni di immobili urbani*, c.d. legge sull'equo canone), ammise anche il convivente *more uxorio* a succedere nel contratto di locazione di immobile urbano a uso abitativo nel caso di decesso del conduttore[11].

[10] Come noto, in origine, la tutela dei conduttori passava attraverso il riconoscimento di un diritto legale di proroga. In particolare, per quanto qui interessa, l'art. 1, IV co., prima parte, della legge 23 maggio 1959, n. 253 (*Disposizioni per le locazioni e sublocazioni di immobili urbani*), prevedeva che «se trattasi di immobile adibito ad uso di abitazione, la proroga opera soltanto a favore del coniuge, degli eredi, dei parenti e degli affini del defunto con lui abitualmente conviventi». In seguito, con l'art. 2 bis, I co, prima parte, della legge 12 agosto 1974, n. 351 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 19 giugno 1974, n. 236, recante provvedimenti urgenti sulla proroga dei contratti di locazione e di sublocazione degli immobili urbani*) scomparve il riferimento agli eredi, prevedendosi che «[i]n caso di morte del conduttore, se trattasi di immobile adibito ad uso di abitazione, la proroga di cui all'articolo 1 opera soltanto a favore del coniuge, dei figli, dei genitori o dei parenti entro il secondo grado del defunto con lui anagraficamente conviventi». Sotto la vigenza di questi dati normativi, nella giurisprudenza di merito era maturato un orientamento che riteneva possibile estendere tali norme anche nei confronti del convivente *more uxorio*, che portò due giudici di merito a dubitare della legittimità costituzionale delle due citate disposizioni per contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza formale. Tuttavia, i giudici costituzionali con Corte. cost. 14 aprile 1980, n. 45, in *Dir. fam. pers.*, 1981, p. 370, con nota di A. SCALISI, *Famiglia di fatto e diritto del convivente* more uxorio *alla proroga del rapporto locativo*, ritennero le questioni sottoposte alla loro attenzione non fondate. Innanzitutto, secondo i giudici, la posizione del convivente *more uxorio* non poteva essere equiparata a quella riconosciuta al coniuge, in quanto «rapporto di fatto, privo dei caratteri di stabilità o certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri [...] che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della famiglia legittima. La coabitazione infatti del convivente *more uxorio* può cessare per volontà di uno dei conviventi in qualsiasi momento [...]». Nemmeno poteva ravvisarsi una irragionevole differenziazione di trattamento tra convivente *more uxorio* e figli naturali, in quanto il riconoscimento del diritto di proroga legale del contratto di locazione nei confronti di questi ultimi costituisce attuazione dell'art. 30, III co., Cost., che impone di assicurare ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela compatibile con i diritti riconosciuti ai membri della famiglia legittima. Infine, neppure ci si poteva dolere del differente trattamento riservato convivente *more uxorio* al rispetto a parenti, affini ed eredi del conduttore defunto, in quanto il diritto di proroga veniva loro riconosciuto in ragione di un legame giuridico certo che li lega al *de cuius* e che manca, invece, nella convivenza di fatto.

[11] Corte. cost. 7 aprile 1988, n. 404 in *Dir. fam. pers.*, 1990, p. 766, con nota parzialmente critica di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale attribuisce (ma solo a metà) rilevanza giuridica alla famiglia di fatto*; in *Diritto e giurisprudenza*, 1988, p. 796, con nota di P. COLELLA, *Sul riconoscimento del diritto a succedere nella locazione del convivente more uxorio*; in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 1559, con nota di A. SCALISI, *Il «diritto» all'abitazione del convivente more uxorio nella successione del contratto locativo*; in *Giur. it.*, 1988, 1627, con nota di A. TRABUCCHI, *Il diritto d'abitare la casa d'altri riconosciuto a chi non ha diritto*; in *Giur. cost.*, 1988, p. 1789, con nota di A. PACE, *Il convivente* more uxorio*, il «separato in casa» e il c.d. «diritto di abitazione»*, e con nota di R. LENZI, *La famiglia di fatto e la locazione della casa di abitazione*. Per completezza, si ricorda che tale sentenza scaturisce da quattro ordinanze di remissione, tutte relative alla medesima norma, che concernevano questioni affini, la più importante delle quali è quella menzionata nel presente paragrafo. Con la medesima pronuncia, tuttavia, si è anche ritenuto l'art. 6, III co., illegittimo «nella parte in cui non prevede la successione nel contratto di locazione al conduttore che abbia cessato la convivenza, a favore del già convivente quando vi sia prole naturale». Successivamente, per due volte si è tentato di pervenire a una ulteriore declaratoria di illegittimità costituzionale della medesima disposizione per la parte in cui non prevede che, in caso di cessazione della convivenza di fatto, al conduttore dell'immobile adibito a uso abitativo succeda l'ex *partner* che ha continuato ad abitarvi, pur in mancanza di prole. Tuttavia, la Corte costituzionale ha ritenuto la questione manifestamente infondata (Corte cost. 11 giugno 2003, n. 204, in *Foro it.*,

La norma sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale, tuttora vigente[12], al fine di tutelare l'abituale convivenza, aveva riconosciuto il diritto di succedere nel contratto di locazione di immobile urbano a uso abitativo al «coniuge, [a]gli eredi ed [a]i parenti ed affini con lui abitualmente conviventi», fino al termine di scadenza del rapporto[13].

Era pur vero che al medesimo risultato cui è approdata la Corte costituzionale si poteva giungere istituendo erede il convivente *more uxorio*, tuttavia, in assenza di una siffatta disposizione testamentaria, la giurisprudenza si era orientata nel senso di ritenere tassativa l'elencazione di cui al citato art. 6. Fu sollevata allora una questione di legittimità costituzionale proprio con riguardo a tale profilo, decisa insieme ad altre tre, riguardanti la medesima disposizione, con la citata sentenza.

La Corte ha ravvisato il fondamento dell'art. 6 nella tutela del diritto all'abitazione[14], ricondotto nella sfera dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost., che sarebbe leso ove si negasse tutela al bisogno abitativo del convivente di fatto. Posto ciò, ha anche ritenuto irragionevole *ex* art. 3 Cost. differenziare il trattamento del convivente *more uxorio*, non tanto rispetto a quello previsto per il coniuge – nella sentenza si ribadisce, infatti, la differenza tra rapporto di coniugio e rapporto di convivenza –, quanto rispetto al risultato pratico conseguito dalla norma, che è quello di tutelare un aggregato di soggetti che potrebbe anche comprendere estranei, come accade ove un estraneo sia istituito erede con testamento. Alla luce di queste argomentazioni, molti commentatori[15] della pronuncia in esame hanno rite-

---

2003, I, c. 2222, e Corte cost. 14 gennaio 2010, n. 7, in *Fam. dir.*, 2011, p. 113, con nota di V. ALVISI, *Fine della convivenza e successione nel contratto di locazione: l'onda di una lunga dimenticata distonia tra motivazione e dispositivo*).

[12] Il rapporto tra il diritto riconosciuto al convivente *more uxorio* dall'art. 6 della legge 27 luglio 1978, n. 392, come interpretato dalla Corte costituzionale, e la tutela del bisogno abitativo del convivente di fatto alla luce della l. 20 maggio 2016, n. 76, sarà oggetto di analisi nel paragrafo 4.

[13] Sulla natura giuridica di tale diritto la dottrina prevalente, tra cui G. CAPOZZI, *Successioni*, *cit.*, pp. 643-644, si è espressa nel senso che si tratti di un legato *ex lege* anomalo e, precisamente, di un legato di posizione contrattuale. L'anomalia consisterebbe non solo nella non necessaria appartenenza dei legatari *ex lege* nell'elenco dei successibili *ab intestato* ex art. 565, ma anche nel fatto che è necessario il dato fattuale della convivenza per essere titolari del diritto riconosciuto dalla norma. La fonte legale di tale legato ha come corollario la sua inderogabilità: il conduttore, in presenza di uno dei soggetti di cui all'art. 6, non può attribuire mediante una disposizione testamentaria la propria posizione nel rapporto locatizio a un soggetto diverso, pertanto la norma viene annoverata tra i limiti all'autonomia testamentaria, al pari delle altre norme che prevedono le c.d. *successioni anomale*. Sul carattere generalmente inderogabile delle norme che prevedono successioni anomale si rinvia a A. NATALE, *Le così dette successioni anomale*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. VI, *La filiazione e l'adozione,* Milano, 2016, pp. 4468 ss., pp. 4471-4472. Per completezza, si ricorda che nel novero delle successioni anomale rientrano anche i citati diritti di cui all'art. 540, II co., c.c., spettanti al coniuge superstite.

[14] Corte. Cost. 7 aprile 1988, n. 404, *cit.*: «[i]l legislatore del 1978 [...] ha voluto tutelare non la famiglia nucleare, né quella parentale, ma la convivenza di un aggregato esteso fino a comprendervi estranei - potendo tra gli eredi esservi estranei -, i parenti senza limiti di grado e finanche gli affini. *È evidente la volontà legislativa di farsi interprete di quel dovere di solidarietà sociale, che ha per contenuto l'impedire che taluno resti privo di abitazione*, e che qui si specifica in un regime di successione nel contratto di locazione, destinato a non privare del tetto, immediatamente dopo la morte del conduttore, il più esteso numero di figure soggettive, anche al di fuori della cerchia della famiglia legittima, *purché con quello abitualmente conviventi*.».

[15] Tra gli altri V. IANNI, *Coppie di fatto e convivenze more uxorio: profili giuridici e soluzioni giurisprudenziali*, Roma, 2010, p. 58; M. DOGLIOTTI, *La Corte*, *cit.*, p. 794, il quale, se da una parte apprezza il *decisum*, non condivide

nuto che con essa si è più inteso tutelare il diritto all'abitazione che la convivenza di fatto in quanto tale[16].

2. Prima dell'entrata in vigore della legge 20 maggio 2016, n. 76, vista l'impossibilità di applicare al convivente di fatto le nome in materia di successione legittima e a titolo di legittimario previste per il coniuge, la dottrina si è ripetutamente interrogata sull'idoneità degli strumenti successori e parasuccessori tradizionali ad assicurare un'adeguata tutela ai conviventi *more uxorio*[17].

Come si vedrà *infra*, da parte degli studiosi più sensibili a garantire una qualche forma di tutela successoria nell'ambito della c.d. *famiglia di fatto* non sono mancati i tentativi volti a concepire nuove applicazioni per istituti nati con finalità ben diverse.

Tuttavia, anche le soluzioni più innovative hanno dovuto fare i conti con i principi inderogabili di quel microsistema che è il diritto successorio all'interno del più vasto sistema del diritto privato. Ciò si è tradotto nell'elaborazione di soluzioni che molto spesso presentavano punti di debolezza e che avrebbero potuto realizzare una tutela piena degli interessi dei conviventi di fatto solo in caso di inazione di soggetti maggiormente tutelati dall'ordinamento, si pensi, ad esempio, ai legittimari.

Lo strumento più diffuso nella pratica tra i conviventi *more uxorio* per assicurarsi reciproci diritti successori era il testamento. Tuttavia, com'è facile intuire, il ricorso a tale strumento deve sempre fare i conti con le disposizioni relative ai legittimari: ciascun convivente non avrebbe potuto spingersi oltre l'istituire erede l'altro *partner* o beneficiarlo di disposizioni a titolo di legato nei limiti nella quota disponibile, onde evitare eventuali future azioni di riduzione promosse da un coniuge separato del *de cuius*, dai suoi figli o ascendenti.

Tra i due strumenti – istituzione di erede e legato – il secondo, nella forma del legato di specie, avrebbe consentito al *partner* testatore di soddisfare specifiche esigenze del *partner* superstite, inserendo nella scheda testamentaria, ad esempio, un legato di diritto di usufrut-

---

l'argomentare dei giudici delle leggi, arrivando ad affermare che «[d]a oggi, il convivente può succedere nel contratto di locazione per morte del conduttore, ma se ci si dovesse fermare alle argomentazioni della Corte, non se ne comprenderebbero le ragioni».

[16] Fu proprio sulla scia di quest'ultima pronuncia che il legislatore, con l'oggi abrogato art. 17, II e III co., della legge 17 febbraio 1992, n. 179 (*Norme per l'edilizia residenziale pubblica*), riconobbe anche al convivente superstite del socio assegnatario di un alloggio di cooperativa edilizia a proprietà indivisa il diritto di succedere nell'assegnazione dell'alloggio in mancanza di coniuge e di figli minori purché convivente alla data del decesso e purché in possesso dei requisiti richiesti per l'assegnazione degli alloggi. Inoltre, si richiedeva che alla data del decesso la convivenza fosse stata instaurata da almeno due anni e fosse documentata da apposita certificazione anagrafica o fosse dichiarata in forma pubblica con atto di notorietà da parte della persona convivente con il socio defunto.

[17] Tra gli altri si segnalano: C. COPPOLA, *I diritti successori del convivente* more uxorio, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. I, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2016, pp. 1081 ss.; C. MADONIA, *Diritto abitativo e convivenza more uxorio*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, pp. 1531 ss.; G. OBERTO, *Famiglia di fatto e convivenze: tutela dei soggetti interessati e regolamentazione dei rapporti patrimoniali in vista della successione*, in *Fam. dir.*, 2006, pp. 668 ss.; G. OBERTO, *I diritti dei conviventi: realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Padova, 2012, relativamente al capitolo *La cessazione della convivenza per morte*, pp. 193 ss. Per i profili di diritto comparato della materia si rinvia a F. VIGLIONE, *I diritti successori dei conviventi: uno studio di diritto comparato*, Torino, 2016.

to, di diritto di abitazione o di uso per soddisfare il bisogno abitativo del beneficiario, oppure un legato di rendita vitalizia o di alimenti per garantire una flusso periodico di risorse per il sostentamento del legatario. Inoltre, avvalendosi di quanto previsto dall'art. 636, II co., c.c., il testatore avrebbe potuto riconoscere la spettanza del diritto di usufrutto, di abitazione, di uso o alla prestazione periodica soltanto per il tempo in cui il convivente non fosse convolato a nozze[18].

Alcuni dei *supra* menzionati bisogni del *partner* superstite avrebbero potuto trovare soddisfacimento anche mediante un legato di contratto. Si pensi, per soddisfare il bisogno abitativo del convivente superstite, al legato o al sublegato che gli attribuisca il diritto a pretendere la stipulazione di un contratto di locazione a un canone particolarmente vantaggioso o di un contratto di comodato, da far valere nei confronti dell'erede o del legatario di un immobile, oppure, per soddisfare l'interesse al sostentamento, a un legato o sublegato che attribuisca il diritto di pretendere la conclusione di un contratto di lavoro subordinato con un erede o un legatario al quale sia passata la proprietà dell'azienda del *de cuius*.

Tuttavia, anche in siffatte ipotesi, sarebbe stato sempre necessario verificare la possibile lesione dei diritti riservati ai legittimari, si pensi, ad esempio, al concorso tra il diritto di abitazione attribuito mediante legato al convivente *more uxorio* e il diritto di abitazione spettante *ex lege* al coniuge separato senza addebito sul medesimo immobile in quanto adibito in precedenza a residenza familiare, che vede quest'ultimo prevalere.

Inoltre, è stata sostenuta l'opportunità di riconoscere ai conviventi *more uxorio* diritti successori che non riposino esclusivamente su una manifestazione di autonomia privata del *partner*, stante il carattere della revocabilità in ogni momento del testamento.

Infine, è stata anche evidenziata la difficoltà pratica di conseguire l'esecuzione delle disposizioni testamentarie in favore del convivente *more uxorio* quando essa dipende dall'attività di altri eredi. A tal fine si è suggerito[19] di rafforzare le disposizioni testamentarie in esame con clausole che ne assicurino l'esecuzione, quale ad esempio una clausola penale oppure condizionando risolutivamente l'attribuzione all'inadempimento di uno o più legati disposti nei confronti del *partner*, non apparendo idonee a tal fine mere raccomandazioni rivolte agli eredi di dare seguito alla volontà testamentaria, essendo le stesse prive di valore giuridico.

Quanto agli strumenti pattizi, stante il divieto di patti successori (art. 458 c.c.), non era possibile ipotizzare che dei conviventi di fatto regolamentassero i propri interessi successori mediante una fonte convenzionale[20], né era auspicato dalla dottrina[21], in quanto sa-

---

18 C. COPPOLA, *I diritti successori*, *cit.*, p. 1103.

19 G. A. M. TRIMARCHI, *La "famiglia di fatto" e le altre convivenze*, in N. LIPARI - P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, coordinato da A. Zoppini, Vol. I, *Fonti, soggetti, famiglia*, Parte II, *La famiglia*, Milano, 2009, pp. 357 ss., p. 397.

20 È orientamento consolidato che il divieto di patti successori determini non soltanto la nullità della convenzione, ma altresì del testamento che alla stessa dia esecuzione, dal momento che la volontà testamentaria ivi cristallizzata non potrebbe dirsi libera. Sul punto C. COPPOLA, *I diritti successori*, *cit.*, p. 1107. G. CAPOZZI, *Successioni*, *cit.*, p. 45, ha ritenuto che in tale ipotesi il testamento sia nullo per illiceità del motivo, consistente appunto nell'intenzione di rispettare il patto successorio, tuttavia per escludere la nullità sarebbe sufficiente che

rebbe stato possibile soltanto mediante una deroga legislativa all'art. 458 c.c., la quale avrebbe realizzato una irragionevole differenziazione di trattamento tra le convenzioni *mortis causa* stipulate nell'ambito della convivenza *more uxorio* e tutte le altre.

Al fine di recuperare spazi all'autonomia privata dei conviventi di fatto, si è approfondita la riflessione sulla distinzione tra negozi *mortis causa* e negozi *post mortem*.

Nei primi la morte costituirebbe la causa dell'attribuzione, mentre nei secondi l'evento morte rappresenterebbe soltanto il momento in cui si consolidano gli effetti già prodottisi nella sfera giuridica del beneficiario[22].

Rientrerebbe in questa categoria il contratto a favore del terzo con prestazione da eseguirsi nei confronti del terzo dopo la morte dello stipulante (c.d. contratto a favore del terzo *post mortem*, art. 1412 c.c.), il cui schema può ricevere molteplici applicazioni concrete, come, ad esempio, nel caso di assicurazione sulla vita a favore del terzo (artt. 1920 ss. c.c.) oppure di rendita vitalizia costituita a favore del terzo (art. 1875 c.c.). Che la fattispecie di cui all'art. 1412 c.c. non ricada nel divieto di cui all'art. 458 c.c. e che, pertanto, non costituisca un negozio *mortis causa* risulta da due osservazioni: il rapporto contrattuale non si instaura tra i due conviventi, bensì tra uno di essi in qualità di stipulante e il promittente, rivestendo l'altro *partner* il ruolo di terzo beneficiario; inoltre, causa dell'acquisto per il convivente beneficiario non è la morte del *partner*, bensì il contratto[23].

Un altro espediente per tutelare gli interessi successori dei conviventi *more uxorio* è stato individuato nella c.d. *condizione tontinaria*[24], ripresa dalla tradizione giuridica francese: laddove i *partner* avessero proceduto all'acquisto di un immobile in comunione ordinaria, avrebbero potuto pattuire una condizione la quale realizzasse la concentrazione della piena proprietà in capo al convivente superstite. Nello specifico, un tale risultato avrebbe potuto essere conseguito apponendo al contratto una condizione allo stesso tempo risolutiva e sospensiva, nella quale fosse dedotto l'evento morte di uno dei *partner*, il cui verificarsi avrebbe fatto venire meno retroattivamente la comunione e avrebbe reso il *partner* superstite *ab origine* pieno proprietario dell'immobile.

Tale meccanismo avrebbe offerto il vantaggio di impedire che la quota che era stata di proprietà del *de cuius* cadesse in successione, riuscendosi così a frustrare le aspettative di legittimari ed eredi legittimi e a rendere il convivente superstite pieno proprietario sin dal momento del trasferimento effettuato dal terzo dante causa.

---

il negozio *mortis causa* non contenga alcuna menzione dell'impegno assunto col patto, dal momento che il motivo illecito deve risultare dal testamento per poter determinare la nullità dello stesso (art. 626 c.c.).

[21] D. RICCIO, *La famiglia*, *cit.*, p. 536; E. MOSCATI, *Rapporti*, *cit.*, p. 302. Entrambi gli studiosi hanno sollevato perplessità rispetto alla scelta di alcune leggi locali spagnole, quale, ad esempio, la legge aragonese 26 marzo 1999, n. 6, che hanno consentito ai conviventi di fatto di stipulare patti successori in deroga al divieto generale contenuto nel codice civile spagnolo. È noto, piuttosto, che la dottrina prevalente auspichi un superamento generale del divieto di cui all'art. 458 c.c. In proposito, si rinvia a C. CECERE, Voce *Patto successorio*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.,* Agg. II, Torino, 2003.

[22] F. PENE VIDARI, *Patti successori e contratti* post mortem, in *Riv. dir. civ.*, 2001, pp. 245 ss.

[23] G. OBERTO, *Famiglia*, *cit.*, il quale ha evidenziato pure che le attribuzioni realizzate mediante negozi con struttura riconducibile all'art. 1412 c.c. devono comunque ritenersi come donazioni indirette e, pertanto, sono assoggettabili ad azione di riduzione in caso di lesione dei diritti riservati ai legittimari.

[24] G. OBERTO, *Famiglia*, *cit.*

Tuttavia, secondo la dottrina, il ricorso a tale espediente avrebbe costituito elusione del divieto di patti successori[25] a meno che non si fosse posto a carico del convivente superstite l'obbligo di restituire agli eredi la quota di prezzo pagata dal *de cuius*, ma è evidente che per questa via si sarebbero frustrate le intenzioni dei conviventi.

Un'altra soluzione di derivazione francese concepita per non far perdere al convivente superstite la disponibilità di un immobile acquistato con il convivente defunto era quella che raccomandava un acquisto incrociato: ciascun convivente avrebbe acquistato una quota di nuda proprietà e una quota di usufrutto sull'immobile. Per questa via, alla morte di uno di essi, il *partner* superstite avrebbe visto consolidarsi l'usufrutto spettante al *de cuius* con la propria quota di nuda proprietà, mantenendo altresì l'usufrutto sull'altra quota e vedendo cadere in successione soltanto la quota di nuda proprietà che apparteneva al *de cuius*[26].

Quanto alle possibili applicazioni del contratto di donazione, posta l'indubbia validità di una donazione tra conviventi, anche ove si fosse voluto non tenere conto dei diritti che la legge riserva ai legittimari[27], si è evidenziato che comunque tale istituto non avrebbe consentito una piena realizzazione degli interessi dei conviventi in quanto lo spoglio della titolarità del diritto donato da parte del donante è immediato e tendenzialmente definitivo, mentre spesso i *partner* avrebbero preferito soluzioni non immediatamente efficaci, stante la possibile crisi del rapporto, di sicuro più temibile in un'unione non giuridicizzata, non apparendo nemmeno sufficiente come contrappeso l'obbligo legale posto a carico del donatario di prestare gli alimenti al donante (art. 437 c.c.). Per tutelarsi il donante avrebbe potuto riservarsi l'usufrutto su quanto donato, ma nulla più, tenuto conto, tra l'altro, che si sono ritenute inammissibili non soltanto le donazioni *mortis causa*, le quali ricadrebbero nel novero dei patti successori vietati[28], ma anche le donazioni sottoposte al termine *cum moriar* e alla condizione *si premoriar*, da alcuni autori ritenuti negozi in frode alla legge[29].

Altro istituto su cui si è riflettuto per consentire la pianificazione degli assetti successori nell'ambito della convivenza *more uxorio* è stato il *trust*[30], di cui si potrebbe ipotizzare il

---

[25] In questo senso si è espressa anche Cass. 18 agosto 1986, n. 5079, in *Rep. Foro. it.*, 1986, Voce *Successione ereditaria*, n. 33, che è stata individuata come l'unica pronuncia di legittimità in materia di condizione tontinaria: «[c]onfigura un patto successorio vietato dall'art.. 458 c.c. l'atto con il quale due soggetti comprino in comune la proprietà di un immobile, contestualmente pattuendo che la quota ideale di comproprietà di ciascuno acquistata debba successivamente pervenire a chi di essi sopravviva, in quanto quest'ultimo acquista l'altra quota non dall'originario venditore che l'aveva già alienata al soggetto premorto, ma direttamente dal medesimo, al di fuori delle prescritte forme di successione *mortis causa*.».

[26] C. COPPOLA, *I diritti successori*, *cit.*, p. 1119; G. OBERTO, *Famiglia*, *cit.*

[27] Il problema del rapporto tra tutela dei legittimari e donazioni a favore del convivente si poneva tanto per le donazioni dirette, quanto per quelle indirette, né è parso superabile qualificando le attribuzioni al convivente come atti di adempimento di obbligazioni naturali, stante la difficile riconducibilità di attribuzioni di una certa consistenza agli atti di adempimento di obbligazioni naturali. Sul punto E. MOSCATI, *Rapporti*, *cit.*, p. 302.

[28] G. CAPOZZI, *Successioni*, *cit.*, p. 53, secondo il quale la donazione *mortis causa* andrebbe ricondotta a un patto successorio istitutivo gratuito.

[29] C. COPPOLA, *I diritti successori*, *cit.*, p. 1110. Si segnala che la dottrina maggioritaria, nonché la giurisprudenza di legittimità ritengono che le donazioni *cum moriar* e *si premoriar* siano in linea di principio valide. Sul tema si rimanda a D. FEOLA, *La donazione mortis causa*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Vol VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, pp. 213 ss., pp. 216 ss.

[30] C. COPPOLA, *I diritti successori*, *cit.*, pp. 1124-1125; G. OBERTO, *Famiglia*, *cit.*

ricorso solo ove si risolva positivamente il problema della ammissibilità del c.d. *trust* interno[31]. Si è sostenuto che un convivente ben avrebbe potuto assumere le vesti di *settlor* e realizzare una separazione di alcuni suoi beni dedotti nel *trust* al fine di avvantaggiare il partner nelle vesti di *beneficiary*. Tuttavia, come acutamente messo in evidenza, già la Convenzione de L'Aja del primo luglio 1985 (*Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*) all'art. 15 fa salve le norme di diritto nazionale in materia di diritti di legittima, pertanto a maggior ragione deve ritenersi che un *trust* interno possa mai ledere i diritti dei legittimari[32].

Si è pure sostenuta la possibilità di ricorrere all'art. 2645 *ter* c.c. al fine, ad esempio, di destinare un bene immobile al convivente *more uxorio* per tutta la durata della sua vita per soddisfare le sue esigenze abitative o per assicurargli una fonte di reddito, dal momento che l'interesse del costituente di soddisfare mediante tale vincolo un particolare bisogno del *partner* dovrebbe agevolmente superare il vaglio di meritevolezza rimesso al notaio dalla norma[33]. Non è mancato chi poi ha ritenuto che tale istituto avrebbe potuto svolgere nell'ambito della famiglia di fatto funzioni analoghe a quelle svolte dal fondo patrimoniale nella famiglia legittima, dal momento che l'interesse alla contribuzione in seno alla famiglia di fatto è sicuramente meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, in quanto trattasi di formazione sociale all'interno della quale sorgono dei doveri di solidarietà[34].

Tuttavia, tanto il *trust*, quanto il vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. non sono parsi utili quando l'interesse di uno dei conviventi era di trasferire diritti all'altro, potendo questi istituti essere utilizzati soltanto per garantire al convivente l'erogazione di redditi o la messa a disposizione dei beni vincolati. Si ritorna allora al punto di partenza: l'unico strumento per trasferire *mortis causa* diritti al *partner* rimaneva il testamento, con tutti i suoi limiti che si è cercato di porre in evidenza *supra*[35].

Al fine di riconoscere una piena tutela successoria al convivente, si è anche riflettuto sulla possibilità di ricorrere all'istituto dell'adozione di persone maggiorenni[36], in modo tale

---

31 Si segnala che alcuni studiosi, tra cui D. RICCIO, *La famiglia*, *cit.*, p. 541, hanno affrontato la tematica partendo dal presupposto della codificazione del *trust* interno con l'art. 2645 *ter* c.c. Per l'Autore citato, infatti, il *trust*, codificato nell'art. 2645 *ter* c.c., «può pure essere utilmente usato per governare i fenomeni successori da parte dei conviventi».

32 E. MOSCATI, *Rapporti*, *cit.*, p. 306.

33 C. COPPOLA, *I diritti successori*, *cit.*, p. 1127; G. A. M. TRIMARCHI, *La "famiglia di fatto*, *cit.*, p. 399. Si ricorda, tuttavia, l'esistenza di un orientamento dottrinale minoritario, ma parimenti autorevole, il quale ritiene che gli interessi rilevanti ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c. sono soltanto quelli di rilievo anche superindividuale riguardanti soggetti bisognosi di assistenza e non anche quelli di rilievo meramente privatistico, come lascia intendere il riferimento alle persone affette da disabilità contenuto nella disposizione (v. F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, pp. 165 ss. «[...] gli interessi sono, dall'art. 2645 *ter* c.c., riferiti, innanzi tutto, a persone con disabilità, onde l'ovvia conseguenza che essi vorrebbero ruotare intorno a principi etici di carattere solidaristico. Il carattere non patrimoniale di tipo culturale o estetico potrebbe poi essere confermato dal fatto che l'interesse è riferito anche a pubbliche amministrazioni, le quali possono perseguire solo interessi superindividuali e socialmente utili [...]»).

34 Sul punto si rinvia a G. OBERTO, *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*, *Commento all'art. 2645 ter c.c.*, in M. SESTA (a cura di), *Codice delle successioni e delle donazioni*, Vol. I, Milano, 2011, pp. 2445 ss., p. 2463.

35 G. OBERTO, *Famiglia*, *cit.*

36 C. COPPOLA, *I diritti successori*, *cit.*, pp. 1122-1123; E. MOSCATI, *Rapporti*, *cit.*, p. 307.

da far acquisire a uno dei conviventi la qualità di legittimario dell'altro (art. 536, II co., c.c.). Tuttavia, oltre alle ragioni di ordine morale, tale espediente non avrebbe potuto trovare grande diffusione stante la necessità di una differenza di età di almeno diciotto anni tra adottante e adottato (art. 291 c.c.) e dell'assenso dei genitori e di figure quali, ad esempio, il coniuge dell'adottando (art. 297, I co., c.c.), la quale ultima condizione è si vero superabile con un provvedimento del tribunale (art. 297, II co., c.c.), ma, a ogni modo, appariva difficile ipotizzare che, nella fattispecie in esame, ragioni di ordine pubblico avrebbero consentito a un giudice di superare il mancato assenso. Inoltre, anche a voler ipotizzare la sussistenza di tutte le condizioni richieste per l'operatività dell'istituto, esso non è parso idoneo a tutelare gli interessi del convivente adottante stante la definitività dei suoi effetti, incompatibile con l'esigenza di procedere a una diversa pianificazione della propria successione nel caso di cessazione della convivenza[37].

3. L'unica disposizione della legge 20 maggio 2016, n. 76 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*)[38] a occuparsi del regime successorio nell'ambito dell'unione civile è costituita dal comma 21 dell'art. 1[39], il quale prevede che «[a]lle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano le disposizioni previste dal capo III e dal capo X del titolo I, del titolo II e dal capo II e dal capo V *bis* del titolo IV del libro secondo del codice civile»[40], regolamentando in tal modo le conseguenze della morte di una delle parti dell'unione civile, evento che, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 22, ne determina lo scioglimento.

In sostanza, la disposizione di cui ventunesimo comma rinvia genericamente alle norme in materia di indegnità, di legittimari, di successione legittima, di collazione e di patto di famiglia[41], andando a parificare il trattamento successorio della parte dell'unione civile

---

37 G. OBERTO, *Famiglia*, *cit.*

38 In G.U. n. 118 del 21 maggio 2016.

39 Tra i primi commenti relativi a tale disposizione si segnalano: G. BONILINI, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente" e del convivente di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, pp. 980 ss.; V. CIANCIOLO, *Sub. Art. 1, comma 21*, in M. A. LUPOI - C. CECCHELLA - V. CIANCIOLO - V. MAZZOTTA (a cura di), *Unioni civili e convivenze. Guida commentata alla legge 76/2016*, Santarcangelo in Romagna, 2016, pp. 102 ss.; B. De Filippis, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016, pp. 214 ss.; F. PADOVINI, *Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze*, in *Giur. it.*, 2016, 1817 ss.; V. TAGLIAFERRI, *La successione degli uniti civili*, in *Il familiarista*, 2016.

40 Innanzitutto si osserva che, a livello di tecnica legislativa, si è preferito inserire nella disposizione una norma di rinvio, piuttosto che intervenire direttamente sul codice civile, come forse sarebbe stato preferibile. Non è mancato chi, come G. CASABURI, *Convivenze e unioni civili: una prima lettura della nuova legge*, 17 maggio 2016, in *www.questionegiustizia.it*, ha ritenuto, più in generale, che i due nuovi istituti regolati dalla legge 76/2016 avrebbero dovuto essere collocati nel codice civile. M. FIORINI, *Profili di interesse notarile nello scioglimento delle unioni civili di cui alla legge 20 maggio 2016, n. 76*, in *Riv. not.*, 2017, pp. 185 ss., definisce tale tecnica legislativa *discutibile*, oltre che foriera di *seri problemi di coordinamento.*

41 Si osserva che gran parte dei *corpus* di norme contenuti nel libro secondo del codice civile comunque sono applicabili alle parti dell'unione civile, stante la loro portata generale, come rileva F. LUME, Sub. *Art. 1, comma 21*, in A. ZACCARIA (diretto da), *Commentario Breve al diritto della famiglia. Appendice di aggiornamento. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Padova, 2016, pp. 20 ss., p. 21.

a quello del coniuge e realizzando così la più importante innovazione del diritto successorio degli ultimi anni, che altre proposte di legge avevano invano tentato di realizzare[42].

La tecnica legislativa adoperata è molto simile a quella per cui il legislatore tedesco ha optato ben quindici anni fa[43]. Anche in Germania si scelse di non collocare il nuovo istituto nel codice civile, ma in una legge speciale, la quale però fa più volte richiamo alla disciplina codicistica del matrimonio. Uno di questi richiami è quello funzionale a stabilire il trattamento successorio del convivente superstite, oggetto di regolazione al para. 10. Proprio come il coniuge, anche il convivente superstite è erede legittimo, cui competono i medesimi diritti di legittima. Inoltre, si estende ai conviventi la possibilità di ricorrere al testamento collettivo (*gemeinschaftliches Testament*), prima appannaggio dei soli coniugi[44].

Quella italiana è, però, un'innovazione nel segno della continuità con la propria tradizione giuridica, visto che il legislatore non ha preferito optare per soluzioni più innovative, auspicate dalla dottrina, stante la distanza sempre più grande tra i modelli successori recepiti nel codice civile e le istanze della società[45].

---

[42] L'iniziativa legislativa in materia, per la verità molto ricca, può dividersi in due grandi insiemi: con alcune proposte si mirava a introdurre una regolamentazione di unioni similmatrimoniali appannaggio tanto di coppie eterosessuali quanto omosessuali; con altre, invece, le unioni ivi previste avevano un ambito soggettivo di applicazione limitato alle coppie *same sex*. Molte di queste proposte prevedevano l'equiparazione della parte dell'unione al coniuge quanto al trattamento successorio. Nella prima categoria rientrano: il disegno di legge n. 395, comunicato alla presidenza del Senato della Repubblica l'11 luglio 1996, che regolava un istituto denominato *unione civile*, il quale all'art. 22 (*Eredità fra le parti dell'unione civile*) prevedeva che «1 – La condizione di parte dell'unione civile è in tutto equiparata a quella di coniuge per quanto riguarda i diritti e i doveri dei legittimari e quelli derivanti dalla successione legittima. 2. In tutti gli articoli del libro secondo del codice civile, ogni qual volta sono richiamati "il coniuge" o "i coniugi", sono inserite rispettivamente le parole: "o la parte dell'unione civile" e "o le parti dell'unione civile"»; la proposta di legge n. 2870, presentata alla Camera dei Deputati l'11 dicembre 1996, recante *Norme sulle unioni civili*, che conteneva disposizioni identiche a quelle precedenti (art. 23); la proposta di legge n. 1232, presentata alla Camera dei Deputati il 5 luglio 2001, recante *Norme sulle unioni civili*, v. art. 23; la proposta di legge n. 3296, presentata alla Camera dei Deputati il 21 ottobre 2002, recante *Disciplina del patto civile di solidarietà e delle unioni di fatto*, la quale all'art. 15 prevedeva che «[n]ella successione legittima, disciplinata dal libro II del codice civile, i diritti spettanti al coniuge sono estesi al contraente legato al defunto da un patto civile di solidarietà iscritto nel registro dello stato civile». Per il secondo gruppo si menziona la proposta di legge n. 4657, presentata alla Camera dei Deputati il 12 marzo 1998, recante *Disciplina dell'unione affettiva* (art. 3).

[43] In Germania la materia delle unioni tra soggetti dello stesso sesso è stata regolata con un istituto traducibile in italiano come *convivenza registrata*, oggetto del *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft: Lebenspartnerschaftsgesetz*, pubblicato in BGB1. 2001, I, pp. 266 ss. ed entrato in vigore il 1° agosto 2001. In materia, tra gli studiosi italiani: S. MANFREDONIA, *L'«amore debole» e l' «amore forte». Analisi comparata di alcuni aspetti del riconoscimento delle unioni tra soggetti dello stesso sesso tra vuoto normativo italiano, scelte legislative europee e diritto internazionale privato*, in *Problemi attuali di diritto privato. Studi in memoria di Nicola Prisco*, Torino, 2015, Tomo I, pp. 621 ss.; C. CARICATO, *La legge tedesca sulla convivenze registrate*, in *Familia*, 2002, pp. 501 ss.; C. CARICATO, *Le convivenze registrate in Germania: quindi anni di applicazione e di riforme*, in *Familia*, 2016, pp. 71 ss.

[44] Sul punto si ritornerà nel paragrafo successivo.

[45] F. PADOVINI, *Il regime*, *cit.*, p. 1818, ritiene che «il legislatore ha, invero, perso l'opportunità di avviare quella riforma di cui da molto tempo si sente bisogno»; G. BONILINI, *La successione*, *cit.*, p. 990, critica la normativa in esame in quanto «amplia il catalogo dei legittimari, quindi s'indirizza in senso opposto alla opportunità, segnalata in più sedi, non solo dottrinali, di rivedere il sistema di successione necessaria, onde sia maggiormente esaltata l'autonomia dei soggetti quali possibili testatori». In proposito vanno menzionati: il disegno di legge n.

Tale rinvio era necessario in quanto l'art. 1, comma 20, sì prevede che «[a]l solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso»[46], tuttavia tale disposizione «*non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge*, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184 [*Diritto del minore ad una famiglia*]»[47]. Si osserva che, proprio in forza dell'equiparazione lessicale di cui all'art. 1, comma 20, la parte dell'unione civile potrà beneficiare di un trattamento fiscale agevolato al momento della successione del *partner*, così come accade per i coniugi[48], e a essa competeranno tutte le vocazioni anomale

2069, comunicato alla presidenza del Senato della Repubblica il 23 settembre 2015, recante *Disciplina delle unioni registrate*, appannaggio tanto di coppie eterosessuali, quanto omosessuali, il cui art. 11 riconosceva alla parte dell'unione gli stessi diritti riconosciuti al coniuge nell'ambito della successione legittima e diritti analoghi a quelli di cui all'art. 540, II co., c.c., senza, tuttavia, riconoscere la qualità di legittimario; il disegno di legge n. 2084, comunicato alla presidenza del Senato della Repubblica l'8 ottobre 2015, recante *Disciplina delle unioni civili*, che non riconosceva alla parte dell'unione alcuna quota di legittima, ma soltanto il diritto di usufrutto su una quota di eredità di ampiezza diversa a seconda delle ipotesi di concorso, oltre a diritti analoghi a quelli di cui all'art. 540, II co., c.c. Sul punto, in una prospettiva sistematica, si vedano anche le considerazioni svolte *infra*.

[46] Secondo molti commentatori, tra cui F. LUME, Sub. *Art. 1, comma 20*, in A. ZACCARIA (diretto da), *Commentario Breve al diritto della famiglia. Appendice di aggiornamento. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Padova, 2016, pp. 16 ss., p. 16, e G. CASABURI, *Convivenze*, *cit*., la disposizione enuncerebbe una clausola di salvaguardia con funzione antidiscriminatoria, mirando ad assicurare alle parti dell'unione civile lo stesso trattamento riservato ai coniugi nelle fattispecie non espressamente regolate dalla nuova disciplina.

[47] Secondo G. BONILINI, *La successione*, *cit*., p. 982, la seconda parte della disposizione è frutto della volontà politica di non lasciar trasparire l'intento di equiparare a tutti gli effetti la posizione della parte dell'unione civile a quella del coniuge, visto l'acceso scontro politico che ha accompagnato la legge in esame nel suo *iter* parlamentare. Secondo F. LUME, Sub. *Art. 1, comma 20*, *cit*., p. 16, analoga funzione svolgerebbe l'*incipit* della disposizione, che prevede l'equiparazione «[a]l solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso», il quale *incipit*, invece, secondo G. CASABURI, *Convivenze*, *cit*., sarebbe del tutto irrilevante, dal momento che «non vi è nulla di giuridicamente rilevante al di fuori della tutela dei diritti e dell'adempimento dei doveri».

[48] Come rileva G. BONILINI, *La successione*, *cit*., p. 982. Nello specifico deve ritenersi che si estendano alle parti dell'unione civile: l'esenzione dall'imposta sulle successioni e donazioni prevista a favore del coniuge per i trasferimenti, effettuati anche mediante patti di famiglia, di aziende o loro rami, di quote sociali e di azioni, alle condizioni di cui all'art. 3, comma 4 *ter*, del *Testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni* (d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346); l'esenzione dall'obbligo di presentare la dichiarazione di successione a favore del coniuge alle condizioni di cui all'art. 28, VII co, del medesimo testo unico; la franchigia prevista a favore del coniuge, al di sotto della quale non si applica l'imposta sulle successioni e donazioni contemplata all'art. 2, comma 48°, lett. a, della legge 24 novembre 2006, n. 286 (*Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria*).

regolate da leggi speciali[49], quale ad esempio quella prevista dall'art. 6 della legge 27 luglio 1978, n. 392, *supra* menzionata, oltre al trattamento pensionistico di reversibilità[50].

Se, da una parte, il rinvio alle norme sulla successione del coniuge era indispensabile per realizzarne l'estensione alle unioni civili, dubbi possono esprimersi sulle modalità con cui è stato effettuato il rimando. Infatti, si è scelto di richiamare interi complessi di norme racchiusi in capi e titoli del secondo libro del codice civile, rinviando quindi anche a norme che nulla hanno a che fare con l'unione civile[51].

Il primo gruppo di norme cui il legislatore rinvia è quello in materia di indegnità a succedere (artt. 463 ss. c.c.).

Il rinvio si spiega sulla considerazione che il riconoscimento delle unioni civili impone di impedire il conseguimento di un vantaggio patrimoniale per colui che si è reso autore di un illecito nei confronti dell'altra parte dell'unione civile – si pensi a colui che abbia ucciso il proprio unito civilmente – oppure nei confronti dell'unito civilmente alla persona della cui successione si tratta.

Nello specifico potrà essere dichiarato indegno e, come tale, escluso dalla successione, colui che abbia volontariamente ucciso o tentato di uccidere l'unito civilmente della persona della cui successione si tratta (art. 463, n 1, c.c.), oppure chi abbia commesso nei confronti dell'unito civilmente un fatto al quale la legge dichiara applicabili le disposizioni sull'omicidio (n. 2), chi abbia denunziato la parte dell'unione civile per un reato punibile con l'ergastolo o con la reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a tre anni, ove la denunzia sia stata dichiarata calunniosa in un giudizio penale (n. 3), chi abbia testimoniato

[49] F. PADOVINI, *Il regime*, *cit.*, p. 1817.

[50] Proprio richiamando l'art. 1, comma 20, della legge 76/2016, in data 21 dicembre 2016 la Direzione Centrale Pensioni dell'I.N.P.S. ha diffuso un messaggio con il quale ha comunicato che «a decorrere dal 5 giugno 2016, ai fini del riconoscimento del diritto alle prestazioni pensionistiche e previdenziali (es. pensione ai superstiti, integrazione al trattamento minimo, maggiorazione sociale, successione *iure proprio*, successione legittima, etc.) e dell'applicazione delle disposizioni che le disciplinano, il componente dell'unione civile è equiparato al coniuge». In proposito si rinvia a A. SCHILLACI A., *In claris non fit interpretatio: unioni civili, pensione di reversibilità e comma 20 della legge n. 76/2016*, 22 dicembre 2016, in *www.articolo29.it*. Si ricorda che, secondo l'opinione prevalente – cfr. C. COPPOLA, *I diritti successori*, *cit.*, p. 1098 –, il diritto al trattamento pensionistico di reversibilità spetta al coniuge *iure proprio* e non *iure successionis*; analoghe considerazioni devono valere oggi anche per la parte dell'unione civile. In precedenza la questione di legittimità volta ad assicurare il trattamento pensionistico di reversibilità anche a favore del convivente *more uxorio* era stata ritenuta non fondata da Corte cost. 3 novembre 2000, n. 461, in *Giust. civ.*, 2001, p. 295. Mentre il giudice *a quo* aveva ipotizzato che le norme che riconoscevano la pensione di reversibilità al coniuge (art. 13 del regio decreto legge 14 aprile 1939, n. 636, convertito con modificazioni, nella legge 6 luglio 1939, n. 1272, e art. 9, secondo e terzo comma, della legge 1° dicembre 1970, n. 898, come sostituito dall'art. 13 della legge 6 marzo 1987, n. 74) fossero illegittime tanto in relazione all'art. 2 Cost., che tutela l'individuo in qualunque contesto esplichi la propria personalità e, quindi, anche nella famiglia di fatto, quanto in relazione all'art. 3 Cost., per l'irragionevole disparità di trattamento tra il convivente e il coniuge, la Corte ritenne la questione sollevata non fondata in quanto la convivenza *more uxorio* è fondata esclusivamente sulla *affectio* quotidiana – liberamente e in ogni istante revocabile – di ciascuna delle parti e si caratterizza per l'inesistenza di quei diritti e doveri reciproci, sia personali che patrimoniali, che nascono dal matrimonio.

[51] Critico nei confronti della tecnica legislativa utilizzata è G. BONILINI, *La successione*, *cit.*, p. 982.

contro la parte dell'unione civile imputata per uno dei predetti reati, ove la testimonianza sia stata dichiarata falsa in un giudizio penale (n. 3).

Il rinvio generico al capo III del titolo I del libro sulle successioni fa sì che anche nelle predette ipotesi si potrà procedere alla riabilitazione dell'indegno, tanto totale (466, I co., c.c.), quanto parziale (466, II co., c.c.).

Si potrebbe dubitare della necessità di inserire tale rinvio, in considerazione dell'ambito di applicazione delle norme in tema di indegnità. Deve presumersi che esso sia stato dettato dalla volontà di rendere ancor più manifesta la volontà di realizzare una piena equiparazione dell'unito civilmente al coniuge relativamente ai profili successori del rapporto.

Portata più dirompente lo ha, di certo, il rinvio alle norme in materia di successione necessaria e di successione legittima che garantisce agli uniti civilmente lo stesso trattamento successorio riservato ai coniugi[52].

Nell'elencazione dei legittimari di cui all'art. 536 c.c., accanto al coniuge trova adesso posto l'unito civilmente, al quale l'art. 540, I co., c.c. riserva la metà del patrimonio della defunta parte dell'unione civile, salve le ipotesi di concorso con figli (art. 542 c.c.). Inoltre, pare fuori dubbio che all'unito civilmente superstite spettino anche i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano, già riconosciuti al coniuge nella fattispecie delineata dall'art. 540, II co., c.c.[53].

Il rinvio è all'intero capo X del titolo I del libro sulle successioni, pertanto troveranno applicazione tutte le norme a tutela dei legittimari, dall'art. 549 c.c., che preclude al testatore di porre pesi o condizioni sulla quota riservata a un legittimario, fino alle norme per la reintegrazione della quota lesa (artt. 553 ss. c.c.), e sarà pure possibile tacitare le ragioni dell'unito civilmente superstite mediante un legato in sostituzione di legittima (art. 551 c.c.).

Non troverà applicazione l'art. 548 c.c., che regola il trattamento successorio del coniuge separato con e senza addebito, dal momento che l'istituto della separazione non è applicabile all'unione civile[54].

Quanto alla perdita della qualità di legittimario, ciò avverrà nel caso di scioglimento dell'unione nei casi previsti dai commi ventitreesimo e ventiquattresimo dell'art. 1; pertanto, ove il decesso avvenga prima dello scioglimento definitivo dell'unione, l'unito superstite manterrà i diritti di legittimario.

Tuttavia, pur venendo meno la qualità di legittimario nei casi di scioglimento dell'unione *supra* menzionati, troverà comunque applicazione l'art. 9 *bis* della legge 1 dicembre 1970, n. 898 (*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*), stante il richiamo contenuto al venticinquesimo comma dell'art. 1: così all'unito civilmente superstite potrà essere riconosciuto dal tribunale, qualora versi in stato di bisogno, un assegno periodico a carico dell'eredità, tenendo conto dell'entità del bisogno, dell'eventuale pensione di reversibilità, delle

[52] Come rileva F. VIGLIONE, *I diritti*, *cit.*, pp. 157-158, l'equiparazione dell'unito civilmente al coniuge rivela continuità con i modelli successori configurati in altri ordinamenti per le *partnership* registrate. L'Autore ritiene che ciò sia stato uno dei fattori che ha contribuito in alcuni Paesi al processo di associazione di queste *partnership* al matrimonio, culminato nell'introduzione del *same-sex marriage*.

[53] C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Not.*, 2016, pp. 333 ss., p. 339; F. LUME, Sub. *Art. 1, comma 21*, *cit.*, p. 21.

[54] G. BONILINI, *La successione*, *cit.*, p. 985; M. FIORINI, *Profili*, *cit.*

sostanze ereditarie, del numero e della qualità degli eredi e delle loro condizioni economiche, sempre che a tale soggetto sia stato in precedenza riconosciuto il diritto alla corresponsione periodica di somme di denaro, di cui pure si terrà conto, a norma dell'art. 5 della legge sul divorzio – richiamato nei relativi commi per le unioni civili dal venticinquesimo comma dell'art. 1 – e a condizione che questo diritto non sia stato soddisfatto in un'unica soluzione[55]. Su accordo delle parti la corresponsione dell'assegno può avvenire in un'unica soluzione.

Inoltre, interpretando il dato normativo costituito dal secondo comma dell'art. 9 *bis* alla luce delle novità introdotte dalla legge 76/2016, deve ritenersi che il diritto all'assegno si estingua ove il beneficiario contragga matrimonio o una nuova unione civile, o venga meno il suo stato di bisogno. Ove risorga lo stato di bisogno l'assegno potrà essere nuovamente attribuito[56].

In mancanza di un testamento o in presenza di un testamento che non sia idoneo a regolare l'intera successione della parte dell'unione civile defunta, si aprirà la successione legittima, che ha visto il novero dei successibili *ab intestato* arricchirsi della figura dell'unito civilmente superstite.

Tuttavia, del titolo II relativo alle successioni legittime non possono applicarsi all'unione civile norme quali quelle che regolano la successione del coniuge separato (art. 585 c.c.) per la ragione *supra* esposta e cioè che l'istituto della separazione non è applicabile all'unione civile.

Tra gli altri *corpus* di norme richiamati dal ventunesimo comma dell'art. 1 ci sono gli artt. 737 ss. c.c. in tema di collazione. Pertanto, anche l'insieme dei soggetti tenuti alla collazione si amplia: non più soltanto figli, loro discendenti e il coniuge, ma ora anche la parte superstite dell'unione civile. L'estensione è stata più che opportuna, determinandosi altrimenti un ingiustificato trattamento di favore per gli uniti civilmente. Conseguenza pratica di questo rinvio è che la parte dell'unione civile sarà tenuta a conferire quanto ricevuto a titolo di donazione diretta o indiretta dal *de cuius*, salvo i casi in cui sia stata posta in essere una dispensa dalla collazione efficace in quanto limitata alla quota disponibile (art. 737, II co. c.c.) e salvo il caso di donazioni di modico valore (art. 738 c.c.).

---

[55] Si ricorda che, secondo la dottrina prevalente (per tutti G. CAPOZZI, *Successioni*, *cit*., p. 424), l'assegno di cui all'art. 9 *bis* della legge 898/1970 avrebbe natura di legato obbligatorio *ex lege*, in quanto detta attribuzione è espressamente posta a carico dell'eredità ed è, tra gli altri parametri, calcolata anche tenendo conto dell'asse ereditario, non ostando a una tale ricostruzione la considerazione che essa sia eventuale, in quanto spettante solo in caso di bisogno, e che possa venire meno, come nel caso in cui cessi lo stato di bisogno o si contraggano nuove nozze. Il riferimento allo stato di bisogno sarebbe inoltre indice della natura alimentare di detto assegno, con conseguente possibilità di applicare la normativa in tema di alimenti di cui agli artt. 433 ss. Tali considerazioni sembrano poter valere anche per l'assegno spettante all'ex unito civilmente al *de cuius*.

[56] Così come la legge non interviene a regolare l'ipotesi in cui il defunto lasci più coniugi divorziati superstiti, parimenti non si preoccupa dell'ipotesi in cui concorrano coniuge divorziato ed ex *partner* unito civilmente del *de cuius*. Ambo questi soggetti, infatti, potrebbero vantare il diritto all'assegno di cui all'art. 9 *bis* della legge 898/1970, tuttavia resta da capire se a ciascuno di essi spetti una quota di un unico assegno oppure se a ciascuno di essi spetti un assegno *ad personam*.

L'ultimo insieme di norme cui si rinvia è costituito da quelle in materia di patto di famiglia (artt. 768 *bis* ss. c.c.)[57].

La dottrina[58] ha dubitato che l'istituto possa trovare ampia utilizzazione nell'ambito delle unioni civili: innanzitutto si rileva che, a dieci anni dalla sua introduzione, l'istituto del patto di famiglia non ha avuto grande diffusione; inoltre, la sua funzione è quella di facilitare il passaggio generazionale dell'azienda dall'imprenditore a uno o più discendenti e normalmente ciò non è possibile nell'ambito di un'unione civile, in ragione del fatto che alla coppia che è composta da soggetti appartenenti al medesimo sesso è attualmente preclusa la possibilità di adottare.

Si osserva che se di certo il rinvio alle norme sul patto di famiglia potrà avere un'utilità maggiore nel momento in cui il legislatore farà cadere quei divieti che impediscono agli uniti civilmente di adottare o comunque di crearsi una discendenza, tuttavia non può escludersi in radice una sua applicazione anche prima di questo momento. Si pensi all'ipotesi in cui le parti dell'unione civile abbiano dei discendenti nati in costanza di un precedente matrimonio.

A ogni modo, ove oggi un unito civilmente intendesse stipulare un patto di famiglia con cui trasferire l'azienda o partecipazioni societarie a un proprio discendente, anche il *partner* dovrebbe intervenire, in quanto equiparato al coniuge e, quindi, in quanto legittimario «ove in quel momento si aprisse la successione» (art. 768 *quater* c.c.), sorgendo così anche in capo a questo soggetto il diritto a ricevere il pagamento di una somma corrispondente al valore della propria quota di legittima sull'azienda.

Potrebbe tornare utile anche quanto previsto dall'art. 768 *sexies* c.c., che riconosce ai legittimari che non abbiamo partecipato al patto il diritto di chiedere all'apertura della successione dell'imprenditore il pagamento della predetta somma aumentata degli interessi. Si pensi al caso in cui un imprenditore coniugato abbia posto in essere un patto di famiglia e, successivamente, abbia sciolto il matrimonio e contratto un'unione civile: l'unito civilmente, all'apertura della successione, potrà far valere i diritti che gli spettano ex art. 768 *sexies* c.c.

Un'altra norma relativa al trattamento successorio della parte dell'unione civile superstite è contenuta al comma diciassettesimo dell'art. 1 della legge in esame, il quale prevede che «in caso di morte del prestatore di lavoro, le indennità indicate agli articoli 2118 e 2120 del codice civile devono corrispondersi anche alla parte dell'unione civile». Tale rinvio era necessario, non essendo sufficiente l'equiparazione al coniuge dell'unito civilmente di cui al ventesimo comma dell'art. 1, posto che, come si è visto, tale equiparazione è valevole solo per le norme del codice civile espressamente richiamate.

Il comma diciassettesimo dell'art. 1, dunque, finirebbe per ampliare l'elenco contenuto all'art. 2122 c.c., che individua i soggetti a cui attribuire la c.d. indennità sostitutiva del preavviso (art. 2118 c.c.) e la c.d. indennità di fine rapporto (art. 2120 c.c.), ricomprenden-

[57] Per un'analisi dell'istituto e per un suo inquadramento nell'ambito del sistema di diritto successorio, in una prospettiva critica, si rinvia a F. GAZZONI, *Appunti e spunti in materia di patto di famiglia. La svalutazione del fenomeno successorio*, in *Giust. civ.*, 2006, pp. 217 ss.

[58] G. BONILINI, *La successione*, *cit.*, p. 986; C. Romano, *Unioni*, *cit.*, p. 339.

dovi anche l'unito civilmente. Secondo l'opinione maggioritaria[59], ai soggetti di cui all'art. 2122 c.c. tali indennità spetterebbero *iure proprio* e non *iure successionis*, tenuto conto, tra le altre cose, del fatto che tali somme non entrano a far parte dell'asse ereditario e in ragione della loro funzione di riparazione del pregiudizio subito dai più stretti congiunti del *de cuius*.

La riferibilità alle parti dell'unione civile dell'art. 2122 non è pacifica, essendosi affermato che il mancato richiamo dell'art. 2122 c.c. non sia recuperabile in via interpretativa stante quanto disposto nella parte finale dell'art. 1, comma 20 della legge, che pone un principio di eccezionalità ai richiami al codice civile contenuti nella legge. Di conseguenza, si è pure ipotizzato di poter prefigurare una questione di legittimità costituzionale relativa al comma diciassettesimo proprio per il mancato rinvio anche all'art. 2122 c.c.[60]. Si osserva che tale il mancato richiamato potrebbe recuperarsi attraverso un'interpretazione logico-sistematica, secondo lo schema di ragionamento della dottrina maggioritaria sopra menzionato, non potendosi altrimenti giustificare il rimando agli artt. 2118 e 2120 c.c.

È richiamato pure l'art. 12 *bis* della legge 898/1970, pertanto, in caso di scioglimento dell'unione civile, laddove all'ex unito superstite sia stato riconosciuto l'assegno di cui all'art. 9 *bis* della medesima legge, gli spetterà pure una percentuale dell'indennità di fine rapporto, calcolata secondo il criterio di cui al secondo comma dell'art. 12 *bis*.

Quanto, infine, al diritto di sepolcro, deve ritenersi che, con la costituzione di un'unione civile, ciascuna parte acquisti il diritto di farsi seppellire nel sepolcro familiare del *partner*, a meno che non si eserciti il diritto di scelta del luogo di sepoltura optando per una diversa soluzione. Inoltre, si acquista anche il c.d. *diritto di sepolcro secondario*, intendendosi con tale espressione il diritto a poter accedere al luogo dove si trovano le spoglie dell'unito defunto.

Non si dubita poi che il *de cuius* che abbia espresso la volontà di essere cremato possa scegliere di affidare l'urna contenente le proprie ceneri all'unito civilmente, dal momento che il D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 (*Disposizioni in materia di cremazione e dispersione delle ceneri*) consente all'art. 3, I co., lett. e, di optare anche per «l'affidamento ai famigliari», espressione in cui deve oggi ritenersi compreso anche la parte dell'unione civile; non sorgono nemmeno dubbi circa la spettanza all'unito superstite della decisione in ordine alla cremazione, ove il *de cuius* nulla abbia disposto circa la propria sepoltura, dal momento che l'art. 3, I co., lett. b, n. 3 del citato decreto attribuisce innanzitutto la decisione al coniuge, cui oggi è parificata la parte dell'unione civile.

4. Il quadro che si è tentato di ricostruire se, da una parte, garantisce le meritevoli esigenze di una tutela successoria di cui sono portatrici le coppie omosessuali, dall'altra complica il sistema del diritto successorio italiano, rendendo ancor più evidente la diffusione di istanze sociali che necessitano di ricevere una risposta. Ci si riferisce, nello specifico, alla ridefinizione degli spazi della libertà di disporre delle proprie sostanze per il tempo in cui si sarà cessato di vivere, oggi stretta tra il divieto dei patti successori, da una parte, e i diritti dei legittimari, dall'altra.

[59] G. CAPOZZI, *Successioni*, *cit.*, pp. 648-650.
[60] M. FIORINI, *Profili*, *cit.*

Allo stato attuale, soprattutto nei casi di relazioni complesse, sempre più frequenti – si pensi al fenomeno delle c.d. *famiglie ricomposte*[61] –, è auspicabile che ci si affidi alla sensibilità e alla competenza del notaio, figura che potrebbe svolgere un ruolo nevralgico per la sistemazione degli interessi *post mortem* della parte dell'unione civile, anche in funzione di prevenzione del contenzioso, potendosi difficilmente immaginare che l'uomo medio sia capace di orientarsi tra le norme confezionando un testamento olografo valido e comunque capace di bilanciare gli interessi dei cari[62].

Come insegnano le aule giudiziarie, l'ordinaria alta conflittualità tra gli eredi rischia di acuirsi in presenza di un'unione civile, si pensi al caso di una comunione ereditaria che coinvolga i legittimari di primo letto del *de cuius* e la parte superstite dell'unione civile. In tali evenienze potranno ben spiegare la loro funzione istituti quali il legato in sostituzione di legittima o la divisione del testatore.

In prospettiva, dunque, e volendo trarre delle conclusioni limitatamente al diritto successorio, pare che la legge 76/2016 non abbia fatto altro che rendere più evidente la necessità di un ripensamento del divieto dei patti successori e di una ridefinizione delle norme a tutela dei legittimari[63], nel quadro di una organica riforma volta a rimediare alla *crisi* del diritto successorio.

In ambito dottrinale[64] da anni, infatti, si levano periodicamente le voci di quanti chiedono un intervento del legislatore, spesso reclamando il recepimento di modelli recepiti in altri ordinamenti[65].

Che una riforma sia necessaria pare evidente già per la sola considerazione che l'attuale sistema del diritto successorio non pare bilanciare adeguatamente il principio costitu-

---

61 Fenomeno che, *ante* riforma, già era stato preso in considerazione in F. PADOVINI, *Fenomeno*, *cit.*, p. 1016.

62 M. FIORINI, *Profili*, *cit.*, ritiene decisiva la figura del notaio per la pianificazione degli assetti successori dei soggetti parti di un'unione civile.

63 Molto critico nei confronti di tali previsioni è F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)*, in *Giust. civ.*, 2006, pp. 3 ss., p. 3, dove esordisce: «[n]ei Paesi civili e moderni la legge riconosce ai proprietari il potere di disporre liberamente dei propri beni sia *inter vivos* sia *mortis causa*. Nei Paesi quasi civili e quasi moderni, il potere di disporre *mortis causa* è limitato bensì da una legislazione fortemente di favore per la categoria dei legittimari, ma sono ammessi accordi *ante mortem* per disciplinare la futura successione. Nei Paesi incivili e arretrati anche questi accordi sono invece tassativamente vietati. L'Italia, ovviamente, nella sua arretratezza e inciviltà (anche) giuridica, è rimasta, con qualche lieve deroga in sede di riforma del diritto di famiglia, all'epoca tribale, quando la trasmissione della ricchezza avveniva per stirpi e con indisponibilità assoluta della vicenda successoria.». Tali critiche sono riprese in F. GAZZONI, *Appunti*, *cit.* Sul tema, con una posizione riformista, ma più moderata, si veda pure S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. not.*, 2007, pp. 815 ss., che, tra le altre cose, propone di rompere il nesso oggi inscindibile tra *status* di coniuge o figlio e quota di legittima intesa come *pars bonorum*, aprendo a dei distinguo, ad esempio in relazione alla durata del matrimonio e in relazione all'età dei figli.

64 Per una rassegna delle posizioni emerse nel tempo si rimanda alle pagine di G. CASU, *I patti successori*, in L. IBERATI (diretto da), *Testamento e patti successori*, Bologna, 2006, pp. 463 ss.

65 A vietarli sono Francia, Spagna, Portogallo, Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo. Ad ammetterli sono, invece, Germania, Austria, Svizzera, Danimarca e Gran Bretagna. Nella prospettiva di un superamento del divieto potrebbe rivelarsi utile prendere in considerazione la regolazione che l'istituto riceve nell'ordinamento svizzero. Si rinvia in proposito gli articoli del codice civile svizzero in materia di contratto successorio, nelle sue forme di patto istitutivo (*Erbzuwendungsvertrag*) o rinunziativo (*Erbverzichtsvertrag*): artt. 468, 494-497, 512-515.

zionale di libertà con quello di solidarietà. Si tratta allora di trovare un nuovo punto di equilibrio tra l'esigenza del singolo consociato a poter regolare autonomamente i propri interessi e quelli di cui è portatore il suo nucleo familiare, muovendo dalla constatazione di come il negozio testamentario spesso non sia più in grado di soddisfare tutti gli interessi *post mortem* di un soggetto.

Non è mancato chi di recente ha ritenuto che sia possibile affrontare tale notevole problema abbandonando l'idea dilagante in base alla quale soltanto lo strumento pattizio è in grado di avere quell'ampiezza di contenuto idonea a soddisfare le esigenze successorie della società contemporanea, riscoprendo le potenzialità del testamento e concludendo nel senso che il contratto sia «tendenzialmente, sovrabbondante rispetto al testamento»[66].

Non si è invece convinti che la riforma tanto auspicata possa passare per una mera importazione di soluzioni straniere, apparendo preferibile operare comunque nel solco della tradizione italiana, in quanto è facile preconizzare che un intervento asimmetrico sarebbe ben più destabilizzante del sistema vigente, aprendo problemi di portata maggiore di quelli attuali[67].

La norma su cui pare più urgente riflettere è quella di cui all'art. 458 c.c., la quale già anni or sono appariva a un illustre giurista[68] come una *maglia intollerabilmente stretta*, e rivela oggi ancora maggiormente la sua inadeguatezza, anche con riferimento all'ambito delle unioni civili. Il divieto, nato per dare massima tutela all'autonomia testamentaria dai condizionamenti che potrebbero verificarsi in una sede contrattuale, con il passare del tempo si è rivelato spesso causa della frustrazione delle intenzioni del consociato relative alla programmazione dei propri assetti successori e le stesse istituzioni europee ne auspicano un superamento, anche se per ragioni parzialmente diverse da quelle che ricorrono nella dottrina[69].

La giurisprudenza, intanto, dal canto suo, ha cercato e tuttora cerca di contenere l'ambito di operatività del divieto[70], ponendosi in sintonia con quella dottrina[71] che ritiene

---

66 V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, pp. 220-221, il quale ritiene, invece, che sia l'eccessiva rigidità della disciplina di tutela dei legittimari a costituire un ostacolo alla pianificazione ereditaria, auspicandone un ripensamento attraverso una riduzione delle quote di riserva e il riconoscimento della possibilità di diseredare un legittimario per violazione dei doveri di solidarietà nei confronti del *de cuius* (p. 225-226).

67 Come ritiene M. G. FALZONE CALVISI, *Diritto successorio. Temi e problemi*, Vol. I, Milano 2012, pp. 6-7.

68 V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, pp. 5 ss., p. 7.

69 La Commissione europea nel 2002 sollecitava i Paesi che vietano i patti successori a superare il divieto al fine di meglio realizzare la continuità d'impresa. Nella Comunicazione n. 98/C 93/02 relativa alla trasmissione delle piccole e medie imprese si legge: «[u]n altro modo per aumentare in pratica la continuità dell'impresa è il ricorso a patti d'impresa o ad accordi di famiglia. Soprattutto nel caso delle imprese familiari, questi accordi possono essere utilizzati per mantenere talune regole gestionali da una generazione all'altra. In qualche misura, esse vengono già usate in Francia e in Spagna per attenuare le conseguenze della proibizione dei patti sulla futura successione. È chiaro tuttavia che tali accordi sono un'alternativa relativamente debole rispetto ai patti di successione ammessi nella maggior parte degli Stati membri. Là dove i patti successori sono vietati (Italia, Francia, Belgio, Spagna, Lussemburgo), gli Stati membri dovrebbero considerare l'opportunità di introdurli, perché la loro proibizione complica inutilmente una sana gestione patrimoniale».

70 Nota è l'affermazione della eccezionalità della regola di cui all'art. 458 c.c., che, pertanto, «non può essere estesa a rapporti che non integrano la fattispecie tipizzata, in tutti i suoi elementi», contenuta in Cass. 18 di-

indispensabile individuare una regola ermeneutica che lo relativizzi e consenta di mantenere fuori dal perimetro applicativo dell'art. 458 c.c. una serie di negozi strutturalmente *inter vivos*, ma sostanzialmente *mortis causa*.

Di certo la legge in commento non poteva essere la sede per un superamento o, più semplicemente, un'ulteriore erosione del divieto, rivelandosi necessaria un'iniziativa legislativa di sistema chiara, organica e univoca. L'organicità appare indispensabile per assicurare la coerenza del sistema, in cui oggi convivono da una parte la rigida statuizione di cui all'art. 458 c.c. e, dall'altra, sue deroghe espresse o ricostruite come tali: il già citato istituto del patto di famiglia; il *trust* interno, che a seguito della ratifica della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 è ammesso dalla prevalente dottrina nonché giurisprudenza; l'art. 2355 *bis*, comma 3, c.c. in tema di società per azioni e l'art. 2469 c.c. in tema di società a responsabilità limitata, che, di fatto, statuiscono la legittimità di quegli accordi tra i soci che deroghino il regime della libera trasferibilità *mortis causa* delle partecipazioni in società di capitali, purché con dei correttivi a tutela degli eredi.

Si precisa che auspicare un intervento legislativo in materia di patti successori non implica necessariamente la volontà di vedere negletti gli istituti testamentari. Tuttavia, è cosa nota la disaffezione della società nei confronti degli istituti testamentari[72], e di tale dato non pare non potersi tenere conto, se è vero che la funzione preminente del diritto è quella di soddisfare i bisogni continuamente *in fieri* dei consociati. D'altronde, la stessa dottrina ha messo in luce i vantaggi derivanti dall'impiego di strumenti negoziali alternativi al testamento. Pare potersi allora auspicare un sistema del diritto successorio nel quale convivano da una parte gli istituti testamentari e, dall'altra, forme di regolazione pattizia della successione, garantendo così tutela non solo e non tanto alla libertà testamentaria, ma, più in generale alla libertà di disporre delle proprie sostanze per il tempo in cui si avrà cessato di vivere.

I modelli a cui guardare sono due: quello tedesco e quello francese.

È cosa nota che una delle principali differenze tra il sistema del diritto successorio italiano e quello tedesco riguardi proprio il diverso atteggiamento nei confronti dei patti successori, ammessi in Germania (*Erbverträg*, para 1941 e para. 2274 BGB ss.) senza limitazioni soggettive di alcuna sorta, utilizzati di sovente per consentire un più facile trapasso generazionale dell'impresa, proprio come si è cercato di fare in Italia con l'introduzione del patto di famiglia.

---

cembre 1995, n. 12906, in *Giur. it.*, 1996, 1356, con cui la Corte di Cassazione ha ritenuto ammissibile la clausola di continuazione automatica contenuta nel contratto di s.a.s. e riguardante i soci accomandanti. In linea si rinvia pure a: Cass. 19 novembre 2009, n. 24450, in *Dir. fam. pers.*, 2010, pp. 1149 ss. ; Cass. 11 novembre 2008, n 26946, in *Riv. not.*, 2008, pp. 226 ss.; Cass. 17 agosto 1990, n. 8335, in *Riv. not.*, 1991, pp. 517 ss., che ha ricondotto la donazione *mortis causa* al divieto di patti successori istitutivi. Più di recente, sempre in tema di divieto dei patti successori, si veda Cass. 15 luglio 2016, n. 14566, in *Riv. not.*, 2016, pp. 974 ss., relativa a un patto successorio dispositivo.

[71] A. MUSTO, *Il profilo identitario degli strumenti alternativi al testamento: l'unità assiologica nella variabilità strutturale degli atti* inter vivos *con funzione successoria vietata*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, pp. 1158 ss.

[72] F. PADOVINI, *Fenomeno*, *cit.*, p. 1017, il quale riporta un'indagine relativa ai primi anni Settanta e avente come ambito territoriale la provincia di Milano, dalla quale emergeva che le successioni testamentarie oscillavano tra il 6-8%.

Altra grande differenza riguarda il testamento collettivo. Tale istituto in Italia è vietato dall'art. 589 c.c.[73], tanto nella forma del testamento congiuntivo, quanto in quella del testamento reciproco, in ossequio al principio di personalità[74], mentre in Germania è ammesso dai para 2265 BGB ss., che, tuttavia, lo riservava, prima della legge che ha introdotto le convivenze registrate, soltanto ai coniugi. L'istituto non conosce limitazioni formali, ben potendo un testamento collettivo rivestire la forma del testamento olografo.

La cifra distintiva tra i due istituti del testamento collettivo e del patto successorio si coglie a partire dalla struttura, rispettivamente unilaterale, ma plurisoggettiva e bilaterale. Di conseguenza, mentre il testamento collettivo è normalmente revocabile da ambo i coniugi o da ambo i conviventi, il patto successorio non è revocabile, salvo il mutuo dissenso.

Nell'ordinamento francese, invece, i patti successori sono in linea di principio vietati (art. 722 codice civile francese). Tuttavia, nel tempo, mal conciliandosi il divieto con le mutate esigenze familiari e del mondo imprenditoriale, si è scelto di intervenire sullo stesso per via legislativa[75]. Tale approdo è frutto di una lunga riflessione. Mentre, come *supra* evidenziato, nell'ordinamento italiano la giurisprudenza ha cercato e cerca tuttora di arginare la portata del divieto, muovendo dalla considerazione del carattere eccezionale dell'art. 458 c.c., la giurisprudenza francese ha in un primo momento applicato il divieto in maniera ampia, attirandosi le critiche della dottrina, che ha così sollecitato un intervento legislativo. Tuttavia, il legislatore non ha optato per la mera abrogazione del divieto di patti successori. Il divieto sopravvive, ancorché incontra numerose eccezioni.

In conclusione, per quanto riguarda l'Italia, se, da una parte si auspica un netto superamento del divieto, in linea con il modello tedesco, le ultime novelle rendono più probabile nel futuro del sistema del diritto successorio italiano una erosione dello stesso per soddisfare bisogni di volta in volta individuati come meritevoli di collocazione al di fuori del perimetro applicativo dell'art. 458 c.c.

5. Le tutele successorie accordate dal legislatore ai conviventi di fatto – secondo la nozione di cui all'art. 1, comma 36, della legge in commento[76] – sono decisamente più deboli rispetto a quelle riservate agli uniti civilmente. Il quadro complessivo è caratterizzato dalla frammentarietà, non essendo delineato un regime successorio organico. Questo aspetto è stato oggetto di osservazioni critiche[77]: la legge non avrebbe soddisfatto le istanze della

[73] Ma è altresì vietato in altri ordinamenti di tradizione romanistica quali la Francia e la Spagna.

[74] È questa, secondo l'opinione prevalente, la *ratio* del divieto. G. CAPOZZI, *Successioni*, *cit.*, p. 702.

[75] Per un confronto con l'ordinamento francese, nel quale il processo di erosione del divieto dei patti successori è stato avviato in tempi ben anteriori rispetto all'Italia, si rinvia a F. PADOVINI, *Fenomeno*, *cit.*, p. 1025.

[76] La convivenza di fatto di cui alla legge 76/2016 va tenuta distinta dalla semplice convivenza *more uxorio* non incasellata negli scemi di cui alla legge in commento. Il regime successorio dei soggetti che hanno optato per questa forma di convivenza è stato preso in considerazione in G. BONILINI, *La successione*, *cit.*, pp. 980 ss.

[77] C. ROMANO, *Unioni*, *cit.*, p. 346; G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. dir.*, 2016, pp. 943 ss., p. 949 (in nota 30); in M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, pp. 859 ss., p. 862, più in generale osserva che «[…] se è corretto affermare che queste coppie etero o omosessuali rifiutano le regole rispettivamente del matrimonio o dell'unione civile e che non è quindi possibile prevedere una disciplina completa ed articolata della famiglia di fatto, *da tempo si è evidenziato come risponda alle esigenze della massima parte dei conviventi la ricorrenza almeno di un nucleo di disposizioni inderogabili attinenti ad alcune que-*

società, segnando piuttosto un punto di arresto rispetto agli approdi della dottrina, della giurisprudenza e a quanto previsto in altre proposte di legge, delineando un sistema del diritto successorio incoerente, nel quale è riconosciuta una forte tutela successoria sia al coniuge separato, anche se con addebito, sia a quello divorziato, ma non anche al convivente di fatto.

Il primo dato su cui va posta l'attenzione è che, mentre con l'unione civile si acquista la qualità di legittimario, lo stesso non accade nell'ambito della convivenza di fatto.

Tale scelta non appare censurabile: non tanto perché, optando per la soluzione contraria, il legislatore avrebbe ampliato il novero dei legittimari, mentre le istanze della prevalente dottrina sono nel senso della contrazione dell'istituto della quota di legittima, quanto, piuttosto, perché la coppia eterosessuale che voglia acquistare la qualità di legittimario ben può avvalersi dell'istituto del matrimonio, mentre la coppia omosessuale che abbia la medesima intenzione può oggi contrarre un'unione civile.

Inoltre, il riconoscimento di diritti di legittima ai conviventi di fatto avrebbe reso più labile il confine tra la convivenza di fatto, il matrimonio e l'unione civile, indebolendo questi ultimi due istituti.

Conseguenza di quanto messo in evidenza è che il riconoscimento di diritti successori per il convivente di fatto superstite continuerà a dipendere da quanto il convivente *de cuius* gli abbia riconosciuto con un testamento, fermo restando che le attribuzioni testamentarie in questione non potranno eccedere la quota disponibile nel caso in cui vi siano dei legittimari, esponendosi altrimenti all'azione di riduzione promossa da questi ultimi.

Quanto al trattamento fiscale, il convivente istituito erede rimane un estraneo, non beneficiando di alcuna disposizione agevolativa e ciò costituisce una delle conseguenze meno tollerabili della situazione attuale.

Non è nemmeno ipotizzabile di regolare il trattamento successorio dei conviventi di fatto nell'ambito di un contratto di convivenza regolato dalla legge 76/2016, stante il divieto di cui all'art. 458, tenuto a mente dal legislatore quando all'art. 1, comma 50, prevede che tali negozi vadano a regolare «i rapporti patrimoniali relativi alla loro [dei conviventi] vita in comune»[78]. In altri testi di iniziativa legislativa, invece, si ammetteva che un contratto di convivenza potesse anche regolare la materia successoria. Si pensi, ad esempio, alla previsione contenuta nel disegno di legge n. 239 (*Introduzione nel codice civile del contratto di convivenza e solidarietà*), comunicato alla presidenza del Senato della Repubblica il 20 marzo 2013, assorbito poi dal disegno di legge che si sarebbe tradotto nella legge 76/2016, il quale mirava, tra le altre cose, a introdurre nel codice civile la seguente previsione «[l]e parti possono stabilire nel contratto che, in deroga al divieto di cui all'articolo 458 e nel rispetto dei diritti dei legittimari, in caso di morte di uno dei contraenti dopo oltre nove anni dalla stipula del contratto spetti al superstite una quota di eredità non superiore alla quota disponibile. In

stioni aventi natura patrimoniale, anche a tutela del convivente economicamente più debole: *sarebbe, quindi, stato opportuno* - ma la nuova legge, tanto attesa da lunghi anni, tace su queste e altre questioni - [...] *che si definisse una qualche attribuzione di diritto successorio almeno nei casi di stabile e duratura convivenza*».

[78] Come rileva F. PADOVINI, *Il regime*, *cit.*, p. 1817.

assenza di legittimari, la quota attribuibile parzialmente può arrivare fino a un terzo dell'eredità»[79].

Il legislatore ha dedicato particolare attenzione ai bisogni abitativi del convivente di fatto superstite; d'altronde, in precedenza, era stata proprio questa la tematica su cui si erano avute le maggiori aperture dell'ordinamento nei confronti della convivenza *more uxorio*[80].

L'art. 1, comma 42, prevede che «[s]alvo quanto previsto dall'art. 337 *sexies* del codice civile, in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque [...]»[81]. In forza di tale disposizione, dunque, al convivente superstite è riconosciuto il diritto a continuare ad abitare nella casa di comune residenza per un periodo di tempo determinato.

Si fa salvo quanto previsto dall'art. 337 *sexies* c.c., il quale regola la materia dell'assegnazione della casa familiare in caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e, per quanto qui interessa, nei procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio (art. 337 *bis* c.c.). Ivi si prevede che, nell'ambito di questi procedimenti, il godimento della casa familiare sarà attribuito dal giudice tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Pertanto, potrebbe darsi che al convivente superstite già spetti il godimento della casa familiare in forza di detta attribuzione[82].

Quanto alla durata del diritto riconosciuto dall'art. 1, comma 42: nel caso di convivenza dalla durata inferiore ai due anni è pari a due anni; nel caso di convivenza dalla durata superiore ai due anni è pari alla durata del rapporto, ma non può eccedere i cinque anni; indipendentemente dalla durata della convivenza è pari ad almeno tre anni ove nella casa familiare abiti un figlio minore o un figlio maggiorenne, ma disabile.

Per accertare la durata della convivenza si potrebbe pensare di prendere come termine iniziale di riferimento la dichiarazione anagrafica prevista per l'accertamento della convivenza dall'art. 1, comma 37, ma sembra che si stia diffondendo la convinzione che tale di-

---

[79] Il mantenimento di una tale disposizione avrebbe costituito un importante passo nella direzione dai più auspicata di un superamento del divieto dei patti successori. Sul punto si rinvia alle considerazioni di G. OBERTO, *La convivenza*, *cit.*, p. 949, il quale osserva che una disposizione analoga «avrebbe posto un problema di "coerenza" con l'assenza di un'analoga previsione nei rapporti *inter coniuges*, ma avrebbe potuto comunque produrre l'effetto di un auspicabile lancio di un sasso in acque da troppo tempo stagnanti e che neppure le infelici modalità con cui l'introduzione del patto di famiglia è stata realizzata hanno saputo smuovere».

[80] C. G. TERRANOVA, *Il diritto all'abitazione. La successione nel contratto di locazione per morte del convivente*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. I., *Famiglia e matrimonio*, Tomo I, *Relazioni Familiari. Matrimonio. Famiglia di fatto*, 2011, p. 1166 ss., p. 1166.

[81] In proposito: F. TRONCONE, Sub. *Art. 1, commi 42 e 43* , in A. ZACCARIA (diretto da), *Commentario Breve al diritto della famiglia. Appendice di aggiornamento. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Padova, 2016, pp. 45 ss.; V. CIANCIOLO, *Sub. Art. 1*, *commi 42-44*, in M. A. LUPOI - C. CECCHELLA - V. CIANCIOLO - V. MAZZOTTA (a cura di), *Unioni civili e convivenze. Guida commentata alla legge 76/2016*, Santarcangelo in Romagna, 2016, pp. 214 ss.

[82] G. BONILINI, *La successione*, *cit.*, p. 988.

chiarazione non abbia valenza costitutiva del rapporto tra i conviventi, ma sia solo strumento privilegiato di prova dello stesso[83].

La dottrina[84] tende ricondurre la fattispecie nell'ambito delle c.d. *successioni anomale*. Riprendo le considerazioni svolte a proposito dell'art. 6 della legge 27 luglio 1978, n. 392, si potrebbe sostenere che anche tale diritto sia oggetto di attribuzione nei confronti del convivente superstite in forza di un legato di specie *ex lege*[85], il quale viene a comprimere l'autonomia testamentaria del convivente proprietario dell'immobile, proprio come normalmente accade nelle ipotesi di vocazione anomala, stante il carattere generalmente inderogabile di queste disposizioni. L'anomalia anche in questo caso dipenderebbe dal fatto che l'attribuzione del diritto al convivente superstite prescinde dalla sua chiamata alla successione a titolo di erede legittimo o testamentario, bensì riposa sul dato della convivenza protrattasi per un certo periodo.

Il diritto in questione avrebbe poi natura di diritto di abitazione, dunque di diritto reale[86], al pari del diritto di abitazione riconosciuto al coniuge dall'art. 540, II co., c.c., quest'ultimo però vitalizio e spettante a un soggetto che è legittimario.

In forza di tale diritto, il convivente superstite ha titolo per continuare ad abitare la casa familiare ove fosse di proprietà esclusiva del *de cuius*, ma deve ritenersi che possa continuare a utilizzare anche le pertinenze dell'immobile. Alla luce del tenore letterale della norma non sembrerebbe competere, invece, il diritto d'uso dei mobili che arredano la casa, ma a un risultato contrario potrebbe condurre un'interpretazione di tipo sistematico[87]. Nel silenzio della norma è da discutersi se il diritto competa anche nell'ipotesi in cui l'immobile fosse in comproprietà tra il *de cuius* e un terzo, mentre pare indubbio riconoscerlo nel caso in cui l'immobile fosse in comproprietà tra i due conviventi[88].

Quanto all'oggetto del diritto di abitazione, la disposizione si riferisce alla *casa di comune residenza*, con tale espressione dovendosi intendere l'immobile scelto dai conviventi come centro del nucleo familiare da essi costituito, non potendo allora spettare su un immobile utilizzato occasionalmente[89].

---

83 L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale*, in *Giur. it.,* 2016, 1779 ss., 1786; C. ROMANO, *Unioni*, *cit*., p. 342. Entrambi gli autori riprendono le osservazioni contenute in Trib. Milano, 31 maggio 2016, in *www.quotidianogiuridico.it*, ove si legge che «avendo la convivenza una natura "fattuale", e, cioè, traducendosi in una formazione sociale non esternata dai *partners* a mezzo di un vincolo civile formale, la dichiarazione anagrafica è strumento privilegiato di prova e non anche elemento costitutivo e ciò si ricava, oggi, dall'art. 1 comma 36 della Legge 76 del 2016, in materia di "regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze". La definizione normativa che il Legislatore ha introdotto per i conviventi è scevra da ogni riferimento ad adempimenti formali [...]».

84 F. TRONCONE, Sub. *Art. 1, commi 42 e 43*, *cit*., pp. 45-46.

85 F. PADOVINI, *Il regime*, *cit*., p. 1817; C. Romano, *Unioni*, *cit*., p. 344.

86 Sostiene invece che si tratti di un diritto di obbligazione L. LENTI., *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. dir.*, 2016, pp. 931 ss., p. 939, il quale si pone altresì il problema della trascrivibilità di tale acquisto al fine di renderlo opponibile a terzi.

87 Non ha dubbi, invece, L. LENTI, *Convivenze*, *cit*., p. 939.

88 L. LENTI, *Convivenze*, *cit*., p. 939.

89 F. TRONCONE, Sub. *Art. 1, commi 42 e 43*, *cit*., p. 46.

Il diritto di abitazione spettante al convivente superstite si estingue innanzitutto nel caso di morte del titolare, visto che, stante il suo carattere strettamente personale, non è ipotizzabile la sua trasmissibilità *mortis causa*; viene meno anche nelle ipotesi contemplate dall'art. 1, comma 43: quando il convivente superstite cessi di abitare nella casa di comune residenza, quando contrae matrimonio o un'unione civile e quando instaura una nuova convivenza.

A conferma del fatto che il legislatore, nell'ambito della convivenza di fatto, ha dedicato attenzione principalmente ai bisogni abitativi del partner superstite c'è anche il comma 44 dell'art. 1, il quale prevede che «[n]ei casi di morte del conduttore o di suo recesso dal contratto di locazione della casa di comune residenza, il convivente di fatto ha facoltà di succedergli nel contratto».

A ben vedere, però, la disposizione non è innovativa nella parte in cui riconosce al convivente superstite il diritto di succedere nel contratto di locazione stipulato dal convivente defunto, già affermato dalla più volte citata sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 1988, n. 404[90]. Pertanto, quanto alla natura di tale diritto, sembrano possano valere le considerazioni svolte con riferimento all'art. 6 della legge 27 luglio 1978, n. 392 dichiarato illegittimo, secondo cui si tratterebbe di un legato *ex lege* anomalo e, precisamente, di un legato di posizione contrattuale.

La successione nel contratto non è automatica, dal momento che il legislatore discorre di *facoltà* di succedere, avallando la tesi secondo cui si tratterebbe di un diritto potestativo del convivente superstite. Inoltre, dal momento che tale diritto ha fonte nella legge, non vi sarebbero mezzi a disposizione del locatore per impedire il subentro nel contratto di locazione: un'eventuale clausola che lo vietasse sarebbe affetta da nullità per contrasto con una norma imperativa[91].

Per l'accertamento della convivenza, valgono le considerazioni svolte *supra* con riferimento al diritto di abitazione riconosciuto al convivente superstite; anche in questo caso potrà attribuirsi alla dichiarazione anagrafica di cui all'art. 1, comma 37, funzione meramente probatoria della convivenza.

Quanto all'oggetto del diritto, visto il riferimento contenuto nella disposizione alla *casa di comune residenza*, si ritiene che la successione sia possibile soltanto in quei contratti con cui sia stato locato dal *de cuius* l'immobile destinato a essere fulcro della vita del nucleo familiare e non anche immobili che siano destinati a un'utilizzazione saltuaria o stagionale, si pensi ad esempio alla casa vacanze.

Qualche notazione merita anche il comma 40 dell'art. 1[92], che riconosce al convivente la facoltà di designare l'altro «quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati», oltre che

---

[90] C. ROMANO, *Unioni*, *cit.*, p. 345, rileva che la norma sarebbe innovativa soltanto limitatamente alla parte in cui riconosce il diritto di succedere nel contratto di locazione alle coppie conviventi omosessuali.

[91] F. TRONCONE, Sub. *Art. 1, comma 44*, in A. ZACCARIA (diretto da), *Commentario Breve al diritto della famiglia. Appendice di aggiornamento. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Padova, 2016, pp. 46 ss., p. 48.

[92] L. LENTI, *Convivenze*, *cit.*, p. 934 ss.; F. TRONCONE, Sub. *Art. 1, commi 40-41*, in A. ZACCARIA (diretto da), *Commentario Breve al diritto della famiglia. Appendice di aggiornamento. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Padova, 2016, pp. 42 ss.

«in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute» (lett. a) – sembrerebbe che sia stata così introdotta la figura del c.d. *fiduciario*, già prevista in altri ordinamenti[93] –, anche «in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie» (lett. b).

In ambo i casi la designazione deve essere fatta «in forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità di redigerla, alla presenza di un testimone» (art. 1, comma 41). Dunque il legislatore si orienta per la forma scritta, ma, nei casi in cui non sia possibile procedere agli adempimenti formali richiesti dalla legge, sembrerebbe essere sufficiente una dichiarazione orale resa alla presenza di un testimone, la cui presenza, tuttavia, non si comprende in che modo potrebbe essere attestata.

Non è esplicitato se, nel caso di dichiarazione scritta, siano necessarie, oltre all'*autografia*, espressione da intendersi come olografia[94], anche la sottoscrizione e la data, ma, sembra doversi optare per la soluzione affermativa[95]: la sottoscrizione costituisce il mezzo di appropriazione del documento, mentre la data appare indispensabile per valutare la capacità del soggetto al momento della redazione o per risolvere il contrasto tra più dichiarazioni di diverso contenuto.

Nel caso in cui la dichiarazione abbia i contenuti di cui alla lettera b del comma 40, si pone altresì il problema del rapporto tra la stessa ed eventuali dichiarazioni non patrimoniali contenute in un testamento in precedenza redatto dal convivente[96]; addirittura potrebbe porsi un problema di discrimine tra dichiarazione *ex* art. 1, comma 40, lett. b, e testamento olografo recante soltanto disposizioni di contenuto non patrimoniale[97]. Potrebbe emergere un contrasto tra i contenuti di questi due documenti, dovendosi allora valutare se la dichiarazione *ex* art. 1, comma 40, lett. b, sia idonea a revocare le disposizioni contenute in un testamento anteriore. La delicatezza della questione ben la si coglie ove si consideri che la dichiarazione *ex* art. 1, comma 40, lett. b., potrebbe essere stata resa oralmente alla presenza di un solo testimone.

In conclusione, la norma, nell'apprezzabile intento di consentire al convivente di fatto di rivestire un ruolo di primo piano in momenti delicati della vita del *partner*, quale la malattia e il fine vita, oppure, dopo la morte, per le decisioni attinenti le sue spoglie, rischia di creare problemi di maggiore portata di quelli che mira a risolvere. È un dato innegabile che situazioni quali la malattia o la morte di un soggetto spesso scatenino una litigiosità tra il

[93] Ove così fosse, non si potrebbe non censurare la scelta del legislatore di introdurre nell'ambito della legge in commento un istituto che meriterebbe una regolamentazione più organica e che non dovrebbe essere appannaggio soltanto dei conviventi di fatto. Sul punto: L. LENTI, *Convivenze*, *cit.*, p. 935, che rileva: «[...] mi sembra innegabile che in un qualche modo la nuova legge istituisca davvero un abbozzo informe di fiduciario, senza ben avvedersi della sua novità, né del fatto che non può naturalmente riguardare solo il convivente, ma qualunque persona sia indicata dal paziente, a partire dal coniuge non separato, neppure di fatto, dai figli maggiorenni, dai genitori non più esercenti la responsabilità parentale, per giungere a qualsiasi estraneo di sua fiducia. Poi però lo lascia senza regole, in particolare su quanto le indicazioni dell'interessato vincolino il designato, e su quanto le indicazioni del designato vincolino il medico».

[94] L. LENTI, *Convivenze*, *cit.*, p. 936.

[95] F. TRONCONE, Sub. *Art. 1, commi 40-41*, *cit.*, p. 43.

[96] L. LENTI, *Convivenze*, *cit.*, p. 936.

[97] F. TRONCONE, Sub. *Art. 1, commi 40-41*, *cit.*, p. 43.

partner e i parenti, in cui a essere maggiormente tutelati sono proprio questi ultimi, nonostante il legame affettivo di maggiore intensità instauratosi tra i conviventi, tuttavia la regolamentazione di tali fattispecie avrebbe meritato maggiore analiticità su aspetti quali la forma e l'efficacia della dichiarazione, oltre a un coordinamento con altre normative, quali quella in materia di consenso informato, amministrazione di sostegno, donazione di organi, cremazione, testamento.

Un'altra disposizione molto interessante, non attinente al regime successorio del convivente di fatto, ma comunque riguardante le conseguenze della morte di uno dei conviventi, è quella contenuta al comma 42 dell'art. 1, dove si prevede che «[i]n caso di decesso del convivente di fatto, derivante da fatto illecito di un terzo, nell'individuazione del danno risarcibile alla parte superstite si applicano i medesimi criteri individuati per il risarcimento del danno al coniuge superstite». In sostanza, c'è una piena parificazione del convivente di fatto al coniuge, attuata mediante un *rinvio dinamico*[98] ai criteri elaborati dalla giurisprudenza, i quali, come noto, in materia di risarcimento del danno subiscono una continua evoluzione.

Si è innanzitutto rilevato[99] che la disposizione in esame non è innovativa, limitandosi a recepire un principio recepito ormai da decenni dalla giurisprudenza, quello secondo cui, ove ne sia fornita la prova, al convivente di fatto compete tanto il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, quanto di quello non patrimoniale[100]. Anzi, proprio in occasione

---

98 M. CASOLA, Sub. *Art. 1, comma 49*, in A. ZACCARIA (diretto da), *Commentario Breve al diritto della famiglia. Appendice di aggiornamento. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Padova, 2016, pp. 52 ss., p. 52.

99 L. LENTI, *Convivenze*, *cit.*, p. 941.

100 Si ricorda che in passato era orientamento giurisprudenziale consolidato che il convivente *more uxorio* non fosse legittimato ad agire per chiedere il risarcimento del danno patito a seguito dell'uccisione del proprio *partner*, argomentandosi ciò a partire dal principio secondo cui c'era un danno da risarcire soltanto in presenza della lesione di un diritto. Si riteneva che il convivente di fatto, a differenza del coniuge, non fosse titolare di alcun diritto all'assistenza materiale, ma, tutt'al più, di una semplice aspettativa a ricevere un sostegno economico durante la convivenza, cui non si riconosceva rilevanza giuridica. In proposito si rinvia a Cass, 21 settembre 1981, n. 8209, in *Dir. prat. assic.*, 1982, pp. 716 ss. A segnare la svolta, secondo molti autori, è stata Cass., III Sez. Civ., 28 marzo 1994, n. 2988, in *Giust. civ.*, 1994, pp. 1849 ss., dove si legge: «[t]anto l'art. 2043 c.c. che l'art. 2059 c.c., attribuiscono il diritto al risarcimento a chiunque abbia sofferto un danno a causa dell'altrui fatto ingiusto, sempre che sussista un rapporto diretto fra il danno e il fatto lesivo. L'ampiezza della formula legislativa consente di ricomprendere nell'ambito dell'obbligazione risarcitoria sia il danno subito dal soggetto verso cui è stato diretto il fatto ingiusto, sia quello che abbia risentito, in modo ugualmente immediato e diretto, sotto forma di *deminutio patrimoni* o di danno morale, eventuali altri soggetti, per i rapporti che li legano a quello immediatamente leso, *siano tali rapporti di natura familiare o parafamiliare*». Tale pronuncia è stata seguita nel corso del tempo da molteplici altre sentenze che hanno ribadito il medesimo principio. Cfr. Cass., 29 aprile 2005, n. 8976, in *Foro it.*, 2006, col. 2448 ss.: «[...] il dato comune che emerge dalla legislazione vigente e dalle pronunce giurisprudenziali, è che la convivenza assume rilevanza sociale, etica e giuridica in quanto somiglia al rapporto di coniugio, anche nella continuità nel tempo. Ne consegue che colui che chiede il risarcimento dei danni derivatigli, quale vittima secondaria, dalla lesione materiale, cagionata alla persona con cui convive, dalla condotta illecita del terzo, deve dimostrare l'esistenza e la portata dell'equilibrio affettivo-patrimoniale instaurato con la medesima e perciò, per poter essere ravvisato il *vulnus* ingiusto a tale stato di fatto, deve essere dimostrata l'esistenza e la durata di una comunanza di vita e di affetti, con vicendevole assistenza materiale e morale, non essendo a tal fine sufficiente la prova di una relazione amorosa [...]»; Cass., 16

di liti attinenti tale materia l'ordinamento ha manifestato le prime aperture al riconoscimento della rilevanza giuridica della convivenza *more uxorio*.

La dottrina[101] ha espresso perplessità in ordine alla formulazione della disposizione in quanto essa prende in considerazione soltanto la fattispecie in cui dall'illecito del terzo sia derivata la morte di uno dei conviventi, mentre trascura i casi in cui gli siano derivate delle lesioni. Il tenore letterale della disposizione, tuttavia, non è parso sufficiente per negare che, anche nei casi in cui la conseguenza dannosa non sia la morte, al convivente del soggetto leso competa il diritto al risarcimento del danno, si pensi al caso in cui ne siano derivate delle lesioni invalidanti che hanno inciso da un punto di vista esistenziale ed economico sulla posizione dell'altro convivente.

settembre 2008, n. 23725, in *www.personaedanno.it*: «[d]a tempo questa Corte ha ammesso che il diritto al risarcimento da fatto illecito concretatosi in un evento mortale va riconosciuto (con riguardo sia al danno morale, sia a quello patrimoniale, che presuppone, peraltro, la prova di uno stabile contributo economico apportato, in vita dal defunto al danneggiato) anche al convivente *more uxorio* del defunto stesso, quando risulti concretamente dimostrata siffatta relazione caratterizzata da tendenziale stabilità e da mutua assistenza morale e materiale [...]». Per un approfondimento su tale tematica e per maggiori riferimenti giurisprudenziali si rinvia a: C. G. TERRANOVA, *La rilevanza esterna. Morte del convivente: premessa*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. I., *Famiglia e matrimonio*, Tomo I, *Relazioni Familiari. Matrimonio. Famiglia di fatto*, 2011, p. 1177 ss.; V. IANNI, *Coppie*, *cit*., pp. 71 ss.; D. RICCIO, *La famiglia*, *cit*., pp. 549 ss.

[101] L. LENTI, *Convivenze*, *cit*., p. 941; M. CASOLA, Sub. *Art. 1, comma 49*, *cit*., p. 53.

DALL'ILLICEITÀ (DELLA CONDOTTA) ALL'ILLEGALITÀ (DELLA TRADIZIONE)? ALCUNE RIFLESSIONI SUI MATRIMONI FORZATI, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL CASO DEL REGNO UNITO

GIOVANNI SPANÒ

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Matrimoni forzati e matrimoni combinati: i diversi gradi del consenso (e della forzatura). – 3. Uno scenario (sovranazionale) condiviso. – 3.1. …e i diversi modelli. - 4. L'esperienza del Regno Unito. Un modello a sé? – 4.1. Un quadro complesso: tra legge e *case law*. – 4.2. Dal "privato" alla criminalizzazione: il ritorno di un'idea (mai) abbandonata. – 4.3. Le specificità (e l'incerta effettività) di un modello "misto". - 5. Quali (e quanti) modelli?

1. Un'analisi sui cosiddetti "matrimoni forzati" dovrebbe, innanzitutto, confrontarsi con una serie di questioni preliminari e metodologiche. In questo tema, infatti, il sostrato tradizionale appare determinante, al fine di inquadrare determinati istituti giuridici e di misurare l'impatto che su di essi spiega[1]. Che la "cultura" o la "tradizione" abbiano giocato un ruolo non secondario nell'indirizzare l'evoluzione di alcune scelte politiche (e legislative) in seno a diversi Stati europei pare dimostrato dagli effetti prodotti da queste ultime principalmente in capo a *determinati* soggetti, o gruppi minoritari, etnici o religiosi. Non è casuale, in questo senso, che molti dei provvedimenti governativi sui matrimoni forzati abbiano inciso in maniera considerevole sulla disciplina del diritto dell'immigrazione, rendendo le diverse materie coinvolte fortemente dialogiche.

La parabola ascendente, che ha visto l'accentuarsi di tali misure "personali", potrebbe per questo essere semplificata dal dibattito che ha avuto luogo rispetto alla configurabilità delle circostanze che rendano un matrimonio forzato (*i.e.* privo di consenso), nonché alla predisposizione di mezzi e strumenti idonei alla sua punibilità.

Come di vedrà, in particolare, le modifiche alla procedura per il ricongiungimento familiare hanno rivestito un ruolo chiave tra i mezzi ideati per reprimere il fenomeno, coinvolgendo tanto l'istituto matrimoniale quale causa giustificativa di ingresso in un determinato Stato, quando i cittadini di Paesi Terzi come destinatari[2]. Non sarebbe del tutto chiaro,

[1] Sulla "*Rule of Tradition*" e le sue implicazioni, si veda per tutti H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford, 2014, il quale definisce la tradizione in termini di interazione tra la trasmissione di "informazioni" e autorità persuasiva. Peso fondamentale avrebbe anche il concetto di "pastness" che lo stesso autore fatica a rendere con altro termine di medesima efficacia (ammettendo di servirsi di una "licenza poetica"), nonché l'idea che la tradizione abbia a che fare con la "*changing presence of the past*", valutando nel corso dell'analisi anche i diversi indici di (resistenza al) cambiamento rinvenibili nelle "grandi" esperienze giuridiche tradizionali. Per un approccio "pluralista" al diritto comparato, si rinvia, invece, sin da ora, a M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge, 2014.

[2] Cfr. Direttiva 2003/86 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, il cui articolo 4, comma 6, recita: "Per assicurare una migliore integrazione ed evitare i matrimoni forzati gli Stati membri possono imporre un limite minimo di età per il soggiornante e il coniuge, che può essere al massimo pari a ventuno anni, perché il ricongiungimento familiare possa aver luogo". Tra gli interventi più mirati, la Direttiva 2011/26/ in materia di

appunto, se tali indirizzi abbiano funzionato da (ulteriore) stretta sul controllo dei flussi migratori, per via della specifica incidenza della limitazione su precise comunità (quasi a titolo di uno "statuto" personale), o da reale strumento di prevenzione dei matrimoni forzati.

Dal campo di interesse del diritto provato, d'altro canto, alcune scelte governative hanno virato verso la criminalizzazione delle pratiche de qua, rendendo manifeste le direttrici attraverso le quali la disciplina sia stata orientata e, successivamente, sia stata implementata. Al contempo, all'inasprimento della sanzione si è accompagnata un'accentuazione dell'elemento culturale – come intrinseco a immigrati e cittadini di seconda generazione – sia da parte di coloro che lo hanno reso baluardo del particolarismo giuridico, sia da parte dei detrattori di questo, che, sfruttando le statistiche di incidenza, non hanno mancato di sottolineare la connaturata rilevanza di determinate pratiche in contesti oggettivamente (e soggettivamente) definiti.

L'analisi proposta consterà di tre passaggi: in primo luogo, verranno analizzate le problematiche relative alla definizione della fattispecie, soprattutto per ciò che attiene al discrimine tra i matrimoni forzati e quelli (semplicemente) combinati; secondariamente, partendo dall'assunto che vi sia un collegamento biunivoco tra stretta sul diritto dell'immigrazione e interventi normativi sui matrimoni forzati, saranno esposti due modelli implementati secondo tale paradigma; infine, un *focus* sul caso del Regno Unito mirerà a sottolineare come una tutela "mista", la privatizzazione del contenzioso e interventi normativi specifici ma "alluvionali" rischino di inficiare le garanzie di giustiziabilità, anziché fornire valide e alternative opzioni di cui le "vittime" di matrimoni forzati possano beneficiare.

Chiaramente, non si discute di sottigliezze, là dove le varie discipline (e le conseguenze giuridiche) coinvolte contribuirebbero in senso diverso a fornire una risposta al pregiudizio subito. Precisi sarebbero, insomma, i risvolti offerti dal diritto penale, anche in relazione alla presenza di eventuali scriminanti culturali; altre, invece, sarebbero le questioni legate al genere e all'uguaglianza sostanziale tra coniugi e ancora differenti le addizioni configurabili attraverso il richiamo al diritto internazionale.

Questa articolazione del lavoro muove dall'idea che, qualora ci si arrestasse a una valutazione dei matrimoni forzati come collegati al doppio filo con la *tradizione*, si coglierebbe solo una parte del problema, giungendo a conclusioni sommarie e fissando una discutibile equazione tra essa e l'*oppressione*[3]. Non mancano, infatti, lucide critiche a siffatta impostazione[4], giacché l'ondata di repressione di determinate condotte trae la propria genesi da un

"prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e protezione delle vittime", al *considerando* n. 11, associa il matrimonio forzato allo *human trafficking*, pur precisando che si tratta di una verifica da effettuare su base casistica.

[3] Per tutti, v. S. BENHABIB, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, a cura di S. DE PETRIS, Milano, 2006; S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, a cura di A. R. DICUONZO, Bologna, 2005.

[4] L. VOLPP, *Blaming culture for bad behaviour*, Yale Journal of Law and Humanities, 2000, 12: 89–116; A. WILSON, *The forced marriage debate and the British state,* Race and Class, 2007, 49 (1): 25–38; A. BREDAL, *Arranged marriages as a multicultural battle field*, in *Youth, otherness, and the plural city: Modes of belonging and social life*, a cura di M. ANDERSSON, Y. LITHMAN, O. SERNHEDE, Gothenburg, 2005.

dibattito decisamente più articolato, in cui sono state coinvolte argomentazioni politiche e giuridiche piuttosto ondivaghe, tanto nelle giustificazioni quante nelle finalità perseguite.

2. La questione preliminare attinente alla definizione stessa del matrimonio forzato non è esente da dubbi interpretativi[5], senza contare la difficoltà di inquadrare la stessa fattispecie sotto il vasto ombrello dei cosiddetti crimini o delitti d'onore[6], per declinarla, diversamente (e doverosamente?), *sub specie* di violenza di genere o di violazione *tout court* di diritti umani inalienabili. Di conseguenza, lo spazio ritagliato dal diritto di famiglia porterebbe a domandarsi, a primo acchito, *quando* e *se* di matrimonio in senso stretto possa parlarsi, là dove l'elemento della coercizione soverchi per importanza quello essenziale del consenso. Tale ultima ipotesi, oltretutto, impone di distinguere scrupolosamente tra i diversi gradi di esso inducendo alla consapevolezza che in alcuni casi non si tratti di matrimonio forzato, ma, piuttosto, di matrimonio "combinato". In entrambe le circostanze, il consenso non appare affatto genuino, eppure è possibile distinguere una volontà più o meno "viziata", che non consegna identiche conclusioni (anche) in merito alla validità dell'unione: la differenza tra *forced marriage* e *arranged marriage* è, infatti, tutt'altro che surrettizia[7].

Può apprezzarsi, tuttavia, una netta discrasia tra il quadro formale e quello materiale. Se, infatti, dal primo punto di vista il matrimonio forzato risulta sempre privo di consenso, comportando, come corollari, l'esercizio di una violenza fisica o psicologica in grado di coartare la volontà del soggetto, il secondo potrebbe far considerare un legame perfettamente valido, nella misura in cui il nubendo decida di contrarre matrimonio dietro "consiglio" della propria famiglia (o comunità) e "decida", quindi, di concluderlo come espressione di "fiducia" nei confronti di essa. Nonostante la difficoltà di accettare siffatta impostazione – almeno da una prospettiva liberale in cui l'autodeterminazione e la libera scelta giocano un ruolo fondamentale nell'espressione del consenso – essa potrebbe, al contrario, risultare valida in contesti in cui le dinamiche comunitariste e il sostrato tradizionale sotteso

---

[5] A titolo esemplificativo, in uno studio patrocinato dal Consiglio d'Europa del 2005, ammettendo le difficoltà definitorie, si legge: "*"Forced marriage" is an umbrella term covering marriage as slavery, arranged marriage, traditional marriage, marriage for reasons of custom, expediency or perceived respectability, child marriage, early marriage, fictitious, bogus or sham marriage, marriage of convenience, unconsummated marriage, putative marriage, marriage to acquire nationality and undesirable marriage – in all of which the concept of consent to marriage is at issue […]t is not a term that has explicit legal content and it is defined differently in different countries. This is probably because, in cases other than those where there is actual physical proof that a person's freedom of consent has been denied by physical force or violence – eliminating any doubt that the marriage was forced – it is not always easy to ascertain the state of mind behind the explicit content of the marriage contract*" (E. RUDE-ANTOINE, *Forced marriages in Council of Europe member states. A comparative study of legislation and political initiatives*, Strasbourg, 2005, consultabile all'indirizzo http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/CDDH-MF/CDEG(2005)1_en.pdf).

[6] Per una disamina generale si rinvia L. WELCHMAN, S. Hossain, '*Honour': Crimes, Paradigms and Violence against Women*, London, 2005. Tale formula definitoria è critica poiché: "*The use of the term 'honour crime', or specifically 'honour killing', has at least two further risks: firstly that it takes the description articulated by the perpetrator; and secondly, that reproducing the term may obscure (as may be the intention on the part of the perpetrator) the "real motivation" (or at least, contributing motivational factors) for the crime or attempted crime*", pp. 12 e ss. Per un'analisi specifica, invece, a J. BRANDON, S. HAFEZ, *Crimes of the Community: Honour-Based Violence in the UK*, London, 2008.

[7] Sulla questione, una efficace ricostruzione è contenuta in A.A. AN-NA'IM, *Forced Marriage*, 2002, www.soas.ac.uk.

all'istituto prevalgano sulla decisione del singolo[8]. Come la dottrina ha fatto notare, però, ciò non risulta così lineare a livello sostanziale, poiché il matrimonio combinato starebbe in un rapporto di *genus-species* rispetto a quello forzato, considerata la presenza di una forma di coartazione del consenso, quanto meno, in relazione alla scelta del coniuge[9]. Bisognerebbe ammettere, infatti, che la *summa divisio* tra matrimonio forzato e combinato si mostri piuttosto sfuggente e cedevole nella prassi, attraverso una zona d'ombra tra le due fattispecie che (solo, a quanto pare) in teoria apparirebbero abbastanza discernibili e "diversamente" condannabili. In questa prospettiva, allora, il consenso o la forzatura non costituiscono soltanto degli elementi indispensabili per far propendere verso l'una o l'altra ipotesi, ma ben possono creare una fitta rete di interazioni in grado, al limite, anche di far convergere situazioni apparentemente distinte.

La presenza di "due poli", formalmente opposti, non renderebbe, infatti, sufficiente giustizia alle circostanze, sempre mutevoli e specifiche, in cui possa sostanziarsi o riscontrarsi un aspetto di "forzatura" di cui l'unione matrimoniale costituisca mera esplicazione percepibile esteriormente, forzatura che può atteggiarsi come portato di una serie di posizioni asimmetriche tra la "vittima" della coartazione e il soggetto – o, spesso, la famiglia o la comunità *lato sensu* intesa – che la ponga in essere. In effetti, alcune riflessioni dottrinali si sono mosse in tale direzione, denunciando la sottovalutazione delle diverse gerarchie da cui possa derivare la "subordinazione", la quale, lungi dall'essere intrinsecamente (e plasticamente) riferibile a specifiche pratiche tradizionali o a fonti giuridiche con medesime caratteristiche, può essere informata da tutta l'esperienza pregressa del soggetto[10]. È in questo senso che si è parlato di *coercive burden*, oltreché di *coercive intent*, ed è con simile *ratio* che Anitha e Gill trattano, giustamente, i due "estremi" del consenso e della coercizione come un *continuum*, anziché come due cristallizzate antitesi. All'interno di questo spettro, cioè:

[8] An-Na'im fa notare che "In an effort to protect the cultural tradition, researchers often make a clear distinction between arranged and forced unions, characterizing the former as legitimate and the latter as objectionable. Yet a closer examination of individual cases indicates that a sharp dichotomy between arranged and forced marriage can be misleading. The danger in this conceptualization, however, is that it may stigmatize the term "arranged marriage," and confuse significantly different forms of marriage. Arranged marriage plays a critical role in the preservation of culture and tradition. The union symbolizes the coming together of two families, not just two individuals. This communal view of marriage affects the way in which partners are found and consent is defined and given", A.A. AN-NA'IM, *supra.*, p. 3.

[9] Così, ad esempio: "a forced marriage is an arranged marriage that is forced upon one or both spouses against her or his will. Arranged marriage is a way of organising the choice of marriage partners and entering into marriage that is associated with a collectivist social order. Both its underlying norms and the tradition of arranged marriage itself may be practised in a variety of ways and degrees, and an arranged marriage may be entered into voluntarily or involuntarily. As such, I see 'arranged marriage' as a generic term of which forced marriage is a subcategory. What we are discussing, therefore, is not the difference between forced and arranged marriages, but between volition and force within the practice of arranged marriage: in other words, degrees of coercion and volition. Quasi- consent can be enforced in a range of ways, of which psychological pressure is probably the most common", A. BREDAL, *Border control to prevent forced marriages: choosing between protecting women and protecting the nation*, in *Forced Marriage: Introducing a Social Justice and Human Rights Perspective*, a cura di A. K. GILL, S. ANITHA, London-New York, 2001, p. 91.

[10] S. ANITHA, A. K. GILL, *Coercion, Consent and the Forced Marriage Debate in the UK*, Fem Leg Stud, 2009 17:165–184, p. 171 ss.

"the difference between arranged and forced marriage continues to be framed in binary terms and hinges on the concept of consent […] consent and coercion in relation to marriage can be better understood as two ends of a continuum, between which lie degrees of socio-cultural expectation, control, persuasion, pressure, threat and force […] that are not always recognised by the existing exit-centred state initiatives designed to tackle this problem"[11].

D'altro canto, poi, nella difficoltosa distinzione tra matrimoni forzati e quelli combinati, gioverebbe la comprensione dello slittamento semantico tra il concetto di *consent* e quello di *consensus*[12], che, per il tema in esame, assisterebbe – limitandola – la concezione individualista (forse) sottesa alla nozione riconducibile al "modello" liberale euro-occidentale. Secondo una ricostruzione critica, appunto, le azioni governative intraprese da diversi Stati europei hanno portato a una maggiore stigmatizzazione del ruolo della "comunità" di riferimento nel processo di coartazione della volontà del nubendo (come la concezione dei crimini d'onore pare confermare), anziché porre un freno alla violazione di diritti fondamentali *attraverso* il coinvolgimento di essa, mirando alla naturale trasformazione della tradizione e non a una forma (a sua volta obbligata) di assimilazione verso una diversa tradizione giuridica[13].

Esisterebbero, pertanto, ulteriori sfumature dello statico concetto del matrimonio se accostato alla "forza" e alla "pressione", di ardua inclusione in una (troppo) vasta categoria, la quale, in assenza di un'accurata valutazione materiale delle circostanze, potrebbe, in fin dei conti, frustrare proprio le esigenze di tutela della vittima, omogeneizzando i presupposti del (e le soluzioni di "uscita" dal) vincolo matrimoniale fonte di oppressione. L'insistenza sull'aspetto dell'autodeterminazione, non soltanto tralascia le prospettive diverse (da quella liberale) che possano caratterizzare e determinare il concetto stesso di consenso, ma rende oltremodo difficoltoso vagliare fino a che punto la pressione, soprattutto emotiva, possa "vincere" la sfera di resistenza e di scelta da parte del soggetto, a maggior ragione nel caso del sottile crinale che separa i matrimoni forzati da quelli (semplicemente e legittimamente?) combinati. In aggiunta – e qui il dato culturale tornerebbe con forza – pietrificare positivamente il *range* delle condotte che possano indurre a valutare un matrimonio come forzato

[11] *Ibidem*, p. 165.

[12] Cfr., Y. SAMAD, J. EADE, *Community perceptions of forced marriage*, London, 2002; F. SHARIFF, *Towards a Transformative Paradigm in the UK Response to Forced Marriage: Excavating Community Engagement and Subjectivising Agency*, Social & Legal Studies, 1–17, sls.sagepub.com. Con tale sottile traslazione del significato del "consenso", si intende sottolineare come esso "has to be understood culturally, not in the liberal sense in which parties maintain a right of veto, but as a longer process of negotiations in which input from a number of people within the family is offered, rebuked, given weight or not, depending on relative standing. Because of this some caveats exist. In reality decision-making in the family and extended family takes place in a context of competing claims to legitimacy, authority and power. Whereas the liberal individual may only need to realise her own will – *consent* – the woman in this context may desire familial or community endorsement – *consensus* – before she chooses to exercise it", pp. 12-13.

[13] *Ibidem*, p. 13.

fornirebbe linfa al presupposto per cui, in determinati contesti religiosi, un'assenza di *quel* (la forma di) consenso sia addebitabile *tout court* alla tendenza di alcune tradizioni giuridiche a un'inevitabile inerzia. In materia di violenza di genere, nell'alveo della quale, secondo i più, andrebbero inseriti i matrimoni forzati, il diritto internazionale ha mostrato, ad esempio, segni di particolare flessibilità, arricchendo la vitrea formulazione della parità formale tra i coniugi con interventi sempre più mirati verso specifiche situazioni di vulnerabilità.

Lo stesso concetto di "vittima", peraltro, è stato considerato poco proficuo (ma scorretto?) da un punto di vista sostanziale ed "empirico", dovendosi riconoscere ad esso validità (solo) *normativa*, indispensabile, cioè, per i profili di giustiziabilità di una determinata situazione giuridica soggettiva, ma nulla più[14].

3. A livello sovranazionale e internazionale, certamente, è significativa la produzione di mezzi volti a tutelare, non solo l'unione matrimoniale in sé, quale atto espressione della libera scelta dei soggetti coinvolti, ma anche a ribadire il disvalore di alcune degenerazioni di essa come aspetto patologico da prevenire o i cui "danni" siano *ex post* da limitare. Esempi di questa preoccupazione sono forniti, tra le altre ipotesi, già dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, in cui la tematica è improntata sui concetti di "*full age*" e "free and full consent", a sottolineare, per un verso, la necessaria (ma, nel caso, forse eccessivamente presupposta) maturità dei nubendi e, per l'altro, il peso della libera autodeterminazione, tanto nella scelta a monte di *accedere* all'unione matrimoniale, quanto attraverso l'espressione *piena* del consenso. Anche la Convenzione sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, del 1979, presenta, all'art. 16, una statuizione del medesimo tenore, distinguendo la scelta di contrarre matrimonio dal consenso prestato al momento della stipula; del pari, il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, al punto 23, oltre ad affermare il (formale) diritto di contrarre matrimonio e formare una famiglia, ricollega quest'ultimo a una "*marriageable age*", mentre il Patto internazionale sui diritti economici sociali e culturali si limita a designare seccamente il consenso come "libero", senza alcun riferimento ulteriore alla "pienezza" di esso nel momento in cui venga manifestato. Non restano sottintesi, in aggiunta, i profili di eventuale "doppia discriminazione", là dove gli effetti pregiudizievoli dei matrimoni forzati siano riferibili ad altre situazioni di vulnerabilità, idonee a gravare negativamente sulla libertà di contrarre matrimonio e sull'effettiva consapevolezza circa il consenso espresso[15].

Andrebbe senz'altro segnalata, poi, la (più) recente Convenzione sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul). Es-

[14] Cfr., a titolo esemplificativo, quanto enunciato nelle line guida UNHCR del 2003, in materia di violenza sessuale e di genere: "the term victim may be appropriate and/or required to conform to relevant laws when seeking legal redress. In non-legal settings, however, the word victim may imply powerlessness and stigmatisation, characterisations that are to be avoided by all concerned parties".

[15] A esse sono dedicati, tra gli altri, l'articolo 23 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità e l'articolo 19 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, che qualifica espressamente tanto i matrimoni forzati quanto quelli "precoci" come forma di violenza, facendo convergere le due categorie e le due situazioni attraverso la (sottintesa) giustificazione che la "maturità" idonea a rendere il consenso *effettivamente* prestato sia in queste ipotesi assente *in re ipsa*.

sa risulta degna di nota per un insieme di ragioni: se, da un lato l'art. 32 – non a caso inserito nella parte di diritto "sostanziale" – predispone una serie di conseguenze *civili* dei matrimoni forzati, dall'altro, la precisa affermazione contenuta all'art. 37 lascia pochi margini di dubbio circa l'auspicabilità di misure legislative che *criminalizzino* la suddetta condotta. Viene ribadita, in aggiunta, la riconducibilità della tematica nell'alveo della *gender-related violence*, passo già compiuto, invero, dalle raccomandazioni e linee guida delle Nazioni Unite, soprattutto in relazione all'ampliamento della protezione internazionale ex Convenzione di Ginevra[16].

Si ricorderà, infine, che la CEDU tutela il diritto al matrimonio in una specifica previsione[17], ma una forma di protezione potrebbe già essere ampiamente ricompresa nell'art. 8, sul diritto alla vita privata e familiare.

Il quadro brevemente delineato rivela in modo chiaro l'attenzione tributata alla tematica, permettendo di notare come, in effetti, la riconducibilità di essa allo *human rights discourse*, o alla tutela del genere sotto ogni sua esplicazione, non rappresenti affatto una novità contemporanea[18]. La lettura della problematica dei matrimoni forzati sotto la lente esclusivamente "culturalista", come evidente, eliderebbe in radice tutte le diverse interazioni in cui l'esercizio della pressione o della forza possano sostanziarsi, concentrandosi eccessivamente su dinamiche che, se indubbiamente presenti in determinati contesti o tradizioni giuridiche, non possono assurgere a paradigma incontrovertibile qualora l'attenzione venga spostata sul piano materiale delle tutele da predisporre. In effetti, coloro che hanno fortemente osteggiato la visione dei matrimoni forzati (soltanto) come *honour-based violence* non hanno esitato a suggerire un *aggiornamento* della normativa interna di ciascun Paese – valorizzando *in primis* il dato sovranazionale – sì da incrementare (e potenziare) le disposizioni in materia di violenza di genere, anziché *creare* nuove fattispecie di illeciti che risponderebbero, forse, a esigenze troppo particolaristiche, risultando, oltretutto, discriminatorie[19].

---

16 UNHCR *Guidelines On International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 2001; per un commento cfr. C. DAUVERGNE, J. MILLBANK, *Forced Marriage as a Harm in Domestic and International Law*, 2010, 73 Modern Law Review, 57-88, soprattutto per la differenza tra "actual forced marriage" e "threatened marriage".

17 Art. 12, sul diritto al matrimonio: "A partire dall'*età minima* per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto" (enfasi aggiunta).

18 A proposito della concezione del diritto come un "complex adaptive system" o "multilayered system" composta da diversi livelli ed elementi, si rinvia a S. LIERMAN, *Law as a Complex Adaptive System*, Maastricht Journal of European and Comparative Law Vol 21, Issue 4, December-01-2014, pp. 611 – 629. Citando Kumm, Lierman fa notare, tra l'altro, l'emersione di una "constitutionalisation of private law", che si apprezza nella misura in cui "although constitutional rights were traditionally developed as a set of constraints on public actors, they currently play a significant role in all legal conflicts, including those related to the relationship between individuals governed by private law. More than ever, private disputes are framed in terms of human rights discourse", p. 618.

19 Si vedano, al riguardo, i contributi di A. PHILLIPS, M. DUSTIN, *UK Initiatives on Forced Marriage: Regulation, Dialogue and Exit*, Political Studies 52(3): 531–51, 2004; K. CHANTLER, G. GANGOLI, M. HESTER, *Forced marriage in the UK: Religious, cultural, economic or state violence?*, *Critical Social Policy*, 0261-0183 101; Vol. 29(4): 587 – 612, 2009, csp.sagepub.com; A. K. GILL, S. ANITHA, *Forced marriage. Introducing a social justice and human rights perspective, cit.*, p. 25 ss.

3.1. Non tutti gli Stati europei hanno proceduto a criminalizzare il matrimonio forzato come fattispecie di reato a sé stante, giungendo a soluzioni diversificate. Non si rinviene, infatti, né una definizione condivisa del concetto stesso di consenso[20], né tantomeno un'uniformità della risposta repressiva – già a partire dall'entità della pena comminata – sensibilmente variabile a seconda della disciplina interna. La *ratio* tendenzialmente ricorrente sembra essere, però, quella di una stretta interazione tra l'esigenza di normazione in materia di matrimoni forzati e il contenimento delle migrazioni, con una particolare attenzione verso i "nuovi ingressi" che possano aver luogo tramite il canale preferenziale del ricongiungimento familiare.

Cercando di individuare alcuni *trends* che hanno tracciato una sottile, ma evidente, equazione tra la maggiore sorveglianza "delle frontiere" e le pratiche contrastate, due sono state le direzioni privilegiate: da un lato, la rivisitazione dei procedimenti e l'innalzamento della soglia minima di età necessaria per avviare la richiesta di ricongiungimento, dall'altro il divieto esplicito di concedere a tale titolo un permesso o un visto in presenza del *fumus* che il matrimonio sia stato contratto sotto pressione o forzatura[21].

Per quanto concerne il primo punto, la Danimarca e la Norvegia hanno inaugurato un periodo di riforme in tema di immigrazione (e matrimoni forzati) assai precocemente, a partire dagli anni novanta, rivelandosi quali precursori di interventi normativi in materia. La prima, prevedendo già nel 1998 che il ricongiungimento familiare venisse negato nel caso in cui si appurasse l'intromissione di terzi nella determinazione della volontà, limitava il rigetto della richiesta alle ipotesi in cui (anche solo) una delle parti fosse minore di venticinque anni, escludendo, di fatto, i casi in cui il matrimonio avesse posto l'*approvazione* di soggetti altri come *condizione* (essenziale) per la sua celebrazione. La valutazione di *una* età come sinonimo di conclamata consapevolezza, nonché l'esplicita attenzione tributata all'indebita interferenza altrui lasciavano evidentemente scoperta una serie molto nutrita di (altre) "zone grigie", a detrimento dei casi in cui la pressione o la forzatura non si fossero manifestate *ab initio*, ma, ad esempio, in una fase intermedia o successiva. Con un intervento "correttivo", l'età minima richiesta è stata poi ridotta a ventiquattro anni – restando comunque la più alta in Europa – per tutti i cittadini di Paesi terzi, senza che ciò abbia inciso sulla *ratio* della previsione dell'età minima, motivata dalla maggiore "maturità" posseduta dal soggetto rispetto a una inferiore. In aggiunta, la legislazione danese richiede che, ai fini di un provvedimento favorevole, la coppia che proponga istanza di ricongiungimento debba essere in grado di dimostrare la ragione alla base della scelta di stabilirsi in Danimarca e non altrove, attraverso il soddisfacimento del "requisito dell'attaccamento"[22].

---

[20] Nondimeno, il "libero consenso" è considerato uno standard europeo irretrattabile. Sul punto, si veda FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, *Addressing forced marriage in the EU: legal provisions and promising practices*, Luxembourg, 2014.

[21] *Ibidem*, p. 23.

[22] *Ibidem*, p. 25 ss. Si rimanda a: the Aliens Act (1998) Act No. 473 of 1 July 1998, come modificato da Act No. 1204 of 27 December 2003; The Minister of Refugees, Immigration and Integration Affairs (2002); 'Action Plan on Forced, Quasi-Forced and Arranged Marriages' (2003); Consolidation Act No. 1021 of 19 September 2012; The Ministry for Children, Equal Treatment, Integration and Social Affairs (2012).

La Norvegia ha in parte seguito la traccia danese nel 2004, proponendo, dapprima, un'età minima di ventiquattro anni, poi di ventitré e, successivamente, di ventuno, sul presupposto, stavolta, della maggiore "maturità economica" del soggetto, ovvero della (comprovata?) capacità di questi di procurarsi mezzi di sostentamento più stabili e duraturi al raggiungimento di una precisa età[23]. Siffatte previsioni, però, in seguito a forti e reiterate critiche, sono state superate dalla ricomposizione del limite minimo a diciotto anni, senza sperequazioni o condizioni di sorta, se non quella per cui entrambe le parti, di cui (almeno) una proveniente da un Paese Terzo, debbano possedere la suddetta età al momento di presentazione dell'istanza. Nonostante ciò, giova rammentare che la Norvegia si sia rivelata assoluta pioniera nella *criminalizzazione* dei matrimoni forzati nel 2003, a dimostrazione di come diverse forme di tutela siano sovente considerate cumulative e non alternative.

A proposito della bontà del suddetto "modello scandinavo", però, si opinava circa l'insufficienza di soluzioni così manichee, che, oltre a non a puntare al nocciolo della problematica – risolvendola – avevano creato complesse sovrapposizioni tra matrimoni forzati, combinati e "di convenienza", riconducendo fattispecie così diverse nell'alveo di una risposta normativa omogenea, e, forse, per questo, non del tutto effettiva. Simile collegamento tra immigrazione e matrimoni forzati, infatti, sollevava l'ulteriore interrogativo circa una confusione concettuale (e materiale) tra il matrimonio forzato e il "matrimonio di convenienza" o *pro forma*, senza dubbio perfezionato in frode alla normativa vigente, al fine di aggirare i limiti da essa posti all'ingresso nel territorio nazionale[24].

Dal punto di vista dell'effettività, poi, l'intromissione di "terzi" (censurato, in particolare, nel caso danese) si sarebbe ugualmente presentata – seppur secondo schemi differenti – sia nell'ipotesi di pressioni operate a monte sul consenso, sia in relazione alla scelta del "candidato" idoneo, su cui, eventualmente, fornire un (successivo) assenso per la conclusione del matrimonio.

La reale e più evidente conseguenza di siffatte politiche ha avuto un impatto negativo, più che altro, su coloro i quali, uniti in matrimonio *volontariamente*, hanno visto frustrati i propri obiettivi e (ingiustificatamente) diluiti i tempi per il ricongiungimento familiare, in base alla supposizione che una certa età fosse garanzia incontrovertibile di *consapevolezza* e *maturità*.

Per quanto riguarda, invece, il secondo "modello", in cui il *fumus* della "forzatura" è stato ritenuto di per sé sufficiente per rifiutare un permesso a un coniuge straniero, possono in esso rientrare le soluzioni adottate dalla Germania e della Francia. La prima, nel 2009, ha posto in essere alcune procedure per esplicitare una causa ostativa a primo acchito di sibillina formulazione, quali, ad esempio, delle specifiche modalità di audizione dei soggetti

[23] Cfr., The Marriage Act 1991-07-04 No. 47, come modificato dall'Act 19 June 2015 No. 65; Norwegian Ministry of Children and Family Affairs (1998); Norwegian Ministry of Local Government and Regional Development (2003); Norwegian Ministry of Local Government and Regional Development (2004); Norwegian Ministry of Labour and Inclusion (2006); Immigration Act (2007); Norwegian Ministry of Children and Equality (2007); Immigration Act of 15 May 2008 On the Entry of Foreign Nationals into The Kingdom Of Norway and Their Stay in the Realm, modifcato da Law 19 June 2015 No. 65; Norwegian Directorate of Immigration (2009a); Norwegian Directorate of Immigration (2009b).

[24] Cfr., H. WRAY, *Regulating marriage migration in the UK. A stranger in the home*, Burlington, 2011.

richiedenti in assenza di familiari o membri della comunità di riferimento, e la valutazione di affermazioni contraddittorie come presunzione (*iuris tantum*) di unione conclusa sotto forzatura[25]. La Francia, invece, ha richiesto, già nel 2004, l'equipollenza come condizione indispensabile per il riconoscimento della validità del matrimonio, e, quindi, della possibilità per il coniuge non europeo di fare ingresso in territorio francese[26]. Sebbene non scevre da obiezioni, non sembra del tutto corretto bollare le suddette ipotesi come patenti casi di "*suspect subjectivities and suspected marriages*"[27], ovvero casi in cui si conferisca *de plano* un'aura di illiceità a *qualsiasi* unione le cui parti siano soggetti provenienti da particolari realtà ordinamentali, e in cui si renda la forzatura *sempre* presupposta. A ben vedere, infatti, nei casi in cui simili soluzioni abbiano inciso sul diritto dell'immigrazione, la conclusione non sembra così scontata, poiché il sospetto in sé (tra l'altro circondato e assistito da guarentigie), seppur essenziale, non è stato considerato da solo *sufficiente* per rifiutare un permesso basato su motivi familiari, costituendo, al contrario, un utile mezzo per individuare o denunciare casi di matrimoni forzati non (ancora) riportati[28].

Opzioni alternative alla criminalizzazione pura e semplice[29] hanno oscillato, inoltre, tra la previsione di un'aggravante atta a inasprire la sanzione (come, ad esempio in Francia e in Olanda), e la configurazione di una circostanza rilevante solo in presenza di altro reato, come precedentemente previsto dalla legislazione svedese, che nel 2014 ha, poi, introdotto due nuove fattispecie di reato, ovvero la punizione del matrimonio forzato *sic et simpliciter* e l'altrui adescamento per concludere il matrimonio all'estero[30].

Di contro, alcuni Paesi che avevano già provveduto a criminalizzare il matrimonio forzato sono intervenuti massicciamente e nuovamente sul diritto di famiglia, tradendo la (forse implicita) consapevolezza che il solo diritto penale potesse risultare strumento esorbitante rispetto agli obiettivi tratteggiati. L'*iter* – anche recente – intrapreso da alcuni Stati (come, ad esempio, la Svezia o la Svizzera) si è rivolto, infatti, a un'opzione penale, non scevra da ripensamenti e addizioni. A titolo esemplificativo – e secondo una traiettoria inversa rispetto quella che sarà delineata a proposito del Regno Unito – la consapevolezza

---

25 FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, *Addressing forced marriage in the EU: legal provisions and promising practices*, *cit.*, p. 25-26. Anche la Germania ha poi previsto l'innalzamento dell'età minima per il ricongiungimento familiare a ventuno anni. Cfr., *Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz* del 2009.

26 *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* del 2004.

27 A. BREDAL, *Border control to prevent forced marriages: choosing between protecting women and protecting the nation*, in *Forced Marriage: Introducing a Social Justice and Human Rights Perspective*, a cura di A. GILL, A. SUNDARI, *cit.,* p. 100 ss.

28 FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, *cit*., p. 27.

29 La Germania, ad esempio, ha emendato il codice penale già nel 2011, punendo il matrimonio forzato con la reclusione da sei mesi a cinque anni nei casi "più gravi", e fino a tre anni (o con un'ammenda) negli altri. Nella medesima direzione si sono mossi, in tempi diversi, altri Paesi quali la Danimarca, il Belgio, l'Austria, Cipro, Malta, il Belgio, la Bulgaria, la Croazia, la Spagna, il Lussemburgo, il Portogallo, la Slovenia.

30 Cfr. B. CLARK, C. RICHARDS, *The Prevention And Prohibition Of Forced Marriages—A Comparative Approach*, International and Comparative Law Quarterly, 2008, 57(3), 501-528; E. RATIA, A. WALTER, *International exploration on forced marriages. A literature study on legal measures, policy and public debates in Belgium, France, Germany, United Kingdom and Switzerland.* Nijmegen, 2009; A. SABBE, M. TEMMERMAN, E. BREMS, E. LEYE, *Forced marriage: an analysis of legislation and political measures in Europe*, Crime Law Soc Change, 2014, 62:171–189.

circa l'opportunità di novellare ulteriormente il diritto di famiglia è stata raggiunta, lo scorso anno, dalla Germania, la quale ha posto mano alla disciplina relativa all'età minima per contrarre matrimonio, innalzandola a diciotto anni e prevedendo la possibilità di annullare giudizialmente le unioni in cui l'età di uno dei due coniugi fosse ricompresa tra i sedici e i diciassette anni. Disponendo d'ufficio l'invalidità di quei matrimoni in cui uno dei soggetti avesse sedici anni al momento della conclusione ed eliminando del tutto tale età quale soglia minima precedentemente prevista se la volontà fosse espressa in giudizio, la Germania ha seguito un percorso opposto rispetto a quello del Regno Unito, (ri)spostando, di fatto, il punto focale della riforma verso una tutela preventiva (di matrice civilistica) e rafforzando i limiti della disciplina sull'immigrazione, anziché "accontentarsi" della punibilità successiva.

4. La scelta di concentrarsi sul Regno Unito risponderebbe a una duplice ragione: da un lato, infatti, esso appare emblema di una congerie di interventi normativi "a tappe progressive" volti a strutturare, in senso sempre più articolato (e incisivo), una risposta (presuntivamente) efficace in termini di repressione del fenomeno. Dall'altro, in virtù della presenza – invero, condivisa da molte altre esperienze – di consistenti flussi migratori più o meno recenti, una prima risposta è confluita in una netta presa di posizione sul diritto dell'immigrazione, abbandonando l'opzione penale come mezzo risolutivo. Formalmente debitore del "modello scandinavo" in materia di ricongiungimento familiare, il Regno Unito si è mosso attraverso un percorso autonomo, dando vita, sostanzialmente, a un sistema "misto", che ha combinato elementi del modello suindicato – precursore, come visto, anche della scelta penalistica – con strumenti privatistici piuttosto efficaci. Sebbene non abbia rappresentato una scelta unanime, e sia stata, sovente, affiancata (o sostituita) da differenti discipline, la criminalizzazione della pratica è stata salutata in alcuni Paesi quale primo e più efficace mezzo di contenimento dei matrimoni forzati. Nel Regno Unito, invece, essa è apparsa una *extrema ratio*, puntellata da un annoso dibattito sulla opportunità di simile via, e riproposta a più riprese previe ampie indagini consultive, tracciando una via intermedia, in cui le tutele si sovrappongono in assenza di un esplicito indice di maggiore o minore effettività di ciascuna.

Al riguardo, bisognerà anticipare come tale interazione tra la materia civilistica, il diritto dell'immigrazione e la creazione di una *criminal offence* si sia tradotta (inspiegabilmente) in un convinto mantenimento della "privatizzazione" del contenzioso, (ancora) sostanzialmente affidato a metodi di risoluzione stragiudiziale attraverso l'impiego di ADR, con la convinzione che ciò possa meglio servire a promuovere punti di vista e istanze transculturali.

Un altro elemento da notare, poi, attiene alla costanza con cui la giurisprudenza ha costruito (e ha insistito) sulla formalizzazione stessa dei concetti di consenso e di *duress*, ponendo una serie di dubbi interpretativi in merito alla possibilità di discernere nettamente la conclusione di un matrimonio combinato (con profili di liceità), da uno forzato, sempre biasimevole e passibile di criminalizzazione. Vale la pena ripercorrere i punti cardine della questione, poiché il consenso, al pari del concetto di "pressione" o "forza" sono stati oggetto di un serrato dibattito, nel quale la giurisprudenza è stata senza dubbio protagonista.

Del complesso di tali elementi si cercherà ora di dar conto, fornendo un quadro riassuntivo delle principali argomentazioni che hanno informato il dibattito in materia.

4.1. Partendo dall'evoluzione normativa sul tema, la prima tappa è costituita dal *Marriage Act* del 1949, mentre i requisiti dell'(in)validità dell'unione matrimoniale, come conseguenza di pressione, errore, incapacità di intendere o comportamento "irragionevole", sono disciplinati nella sezione 12 c del *Matrimonial Causes Act* del 1973.

Una delle principali opzioni tenute in considerazione dal Regno Unito, invero, è stata la previsione di una specifica *criminal offence*, volta a perseguire la conclusione di un matrimonio sotto coercizione come fattispecie rilevante *per se*. Tale intenzione, emersa già nel 2005, però, fu abbandonata repentinamente, a causa delle obiezioni e critiche sollevatesi ad opera di gruppi di *advocacy*, della riflessione accademica, nonché di una parte dei media, nonostante questi ultimi abbiano, in fondo, contribuito ad alimentare e amplificare il "fenomeno" dando sovente risalto agli eventi di cronaca sul tema[31].

Tale fu la ragione sottesa al ripiego verso la novazione della disciplina del diritto di famiglia (e in materia di violenza domestica), attraverso l'addizione – mediante il *Forced Marriage (Civil Protection) Act 2007* – di una Parte 4.A al *Family Law Act* del 1996, in cui, al punto 63.A.6, compare una definizione (sufficientemente) completa della "forza" atta a inficiare il consenso all'unione matrimoniale. In esso si legge:

"force" includes coerce by threats or other psychological means (and related expressions are to be read accordingly)".

Risulta chiaro da simile formulazione come la coercizione non implichi necessariamente un'idea di violenza fisica o psicologica concreta e imminente, ma che un insieme di comportamenti idonei a coartare il consenso espresso venga ritenuto altrettanto rilevante per la sussistenza della condotta che l'addizione del 2007 ha inteso contrastare. In realtà, a tale assunto si è giunti attraverso la continua specificazione e precisazione in sede giurisdizionale, nonostante l'oggetto di alcune pronunce non abbia pienamente convinto le opinioni avverse, le quali ravvisavano l'ingombrante mancanza di una disamina dettagliata su cosa il consenso stesso *fosse*, soprattutto al fine di vagliare una sua *assenza* o manipolazione. Si deve al caso *Hirani v Hirani* del 1983 una (prima) modificazione dell'impianto interpretativo, nonché l'apertura verso il riconoscimento di nuove tipologie di "pressione" o espressioni di "forza", tali da indurre un soggetto a scegliere l'unione matrimoniale come una sorta di "male minore" rispetto al timore di subire pregiudizi ulteriori. In particolare, nella suddetta decisione, può rinvenirsi la statuizione per cui, ai fini dell'ottenimento di un *decree nisi*, non sia indispensabile che la pressione si sia concretizzata in una minaccia "*to life, limb or liberty*", e, con una definizione che farà scuola, si afferma:

[31] Foreign and Commonwealth Office (FCO) and Home Office, *Forced marriage: A wrong not a right*, London, 2005; Foreign and Commonwealth Office, 'A wrong not a right—proposals for criminal offence of forced marriage', (press release), London, 2005b; G. GANGOLI, M. MCCARRY, '*Criminalising forced marriage*', Criminal Justice Matters, 74:1, 44–46, 2008.

"duress [is] whether the mind of the applicant has in fact been overborne, howsoever that was caused"[32].

Le successive decisioni[33], pertanto, riprenderanno tale schema, in virtù del quale un'indebita intromissione nella sfera emotiva di un soggetto doveva essere valutata con caratteristiche sfumate e diversificate, tenendo di conto che la forzatura dell'unione potesse rappresentare soltanto il più evidente, ma non il principale, indizio di un consenso estorto, frutto, magari, di una serie di influenze esercitate a monte.

Nel caso *Re Sk* del 2004[34], in occasione di un'*injuction* diretta alla cessazione di (diversi) atti intimidatori ai danni di una donna bengalese, (probabilmente) costretta alla partenza verso il Paese di origine, pare meritevole sottolineare quanto affermato dal Justice Singer:

"there is a spectrum of forced marriage from physical force or fear of injury or death in their most literal form, through to the undue imposition of emotional pressure which is at the other end of the forced marriage range, and *that a grey area then separates unacceptable forced marriage from marriages arranged traditionally which are in no way to be condemned, but rather supported as a conventional concept in many societies*. Social expectations can of themselves impose emotional pressure and the grey area to which I have referred is where one may slip into the other: arranged may become forced but forced is always different from arranged"[35].

Sebbene ostacolo ormai superato dal caso *Hirani v Hirani*, il difetto forse più evidente nella teorizzazione, anche giurisdizionale, del (la presenza o meno del) consenso o della sua manifestazione è stato caratterizzato dalla valutazione della "ragionevole alternativa"[36] – concetto altrove esplicato quale *constrained volition*, o *choice prong*[37] – come elemento rilevante in fase di accertamento della forzatura insita nell'unione matrimoniale. In particolare, essa presenta analogie con l'impostazione dei due "poli della volontà", dacché, astrattamente, un soggetto si trovasse a *scegliere* tra due condizioni: sottostare alla violenza oppure *accettare* la *proposta* matrimoniale. Evidentemente, come prevedibile, quest'ultima sarebbe senz'altro da ritenere illegittima, in virtù della sua intrinseca idoneità a inficiare la libera determinazione del soggetto, interesse, questo, meritevole di protezione tanto quanto l'incolumità e

32 Hirani v Hirani [1983] 4 FLR 232.

33 Tra le altre, Mahmood v Mahmood [1993] SLT 589; Mahmud v Mahmud [1994] SLT 599; Sohrab v Khan [2002] SCLR 663.

34 Re SK (Forced Marriage: Appropriate Relief) [2004] EWHC 3202.

35 *Ibidem*, enfasi aggiunta.

36 V. S. ANITHA, A. K. GILL, *Coercion, Consent and the Forced Marriage Debate in the UK*, *cit.*, pp. 174-175, in cui il concetto è così esplicitato: "The myth of free choice, however, persists in Western liberal theory, and is even enshrined in one piece of legal rhetoric: 'reasonable alternative' […] When courts in the UK apply the test to see whether there is a reasonable alternative to a marriage, their assessment is implicitly based on what would be reasonable for a white male living in the UK. It is with these androcentric assumptions in mind that […] they have been far more reluctant to accept the influence of factors that may be specific to some communities".

37 A. WERTHEIMER, *Coercion*, Princeton, 1987.

l'integrità fisica. Nonostante ciò, la frettolosa coincidenza tra la coartazione e la manifesta "violenza" di una simile opzione ha reso piuttosto impervia la via del riconoscimento di multiple forme di (op)pressione e di dominio.

I medesimi limiti dell'approccio assunto verso la tematica, e di cui si è dato conto nelle righe addietro, sono stati ravvisati in ulteriori provvedimenti, affatto risparmiati dagli strali della dottrina, o, comunque, bersaglio di commenti poco entusiastici da parte di essa. Di poco successiva al *Forced Marriage (Civil Protection) Act* è stata, infatti, la scelta di modificare alcuni requisiti richiesti dal diritto dell'immigrazione, per ciò che concerneva, in particolare, gli elementi essenziali del diritto di ingresso nel territorio nazionale. Al riguardo, le critiche si sono attestate (ancora una volta) sulla presunta faziosità dell'agenda, volta, a parere di molti, a un controllo serrato delle frontiere più che a un sincero slancio verso la sistematizzazione normativa del matrimonio forzato.

Il Regno Unito si è inserito appieno nel filone europeo poco sopra descritto, a proposito delle modalità attraverso le quali sono stati creati dei collegamenti tra i matrimoni forzati e la richiesta di ricongiungimento familiare. Ciò è risultato evidente quando, nel 2008, il Regno Unito ha incrementato l'età per richiedere il ricongiungimento con il coniuge o il compagno non proveniente da un Paese appartenente all'AEE, fissando l'asticella alla soglia minima dei ventuno anni per entrambe le parti, a dispetto dei diciotto precedentemente previsti dalla normativa e dei sedici anni quale età consona per il matrimonio tra cittadini britannici. Questo genere di interventi, finalizzati a fronteggiare e confrontare la questione "alla radice", pare in parte debitore (della circolazione) del "modello scandinavo", con tutta una serie di corollari in merito ai contorni poco stringenti di uno statuto personale appositamente modulato su specifici soggetti. L'opzione esercitata dal Regno Unito, quindi, non è rimasta del tutto estranea alle dinamiche in precedenza ricordate, intravedendosi (non troppo) in filigrana una stretta interazione tra la tendenza a rinsaldare la normativa in materia di immigrazione e la previsione di una soglia minima di età consona al ricongiungimento con cittadini di Paesi Terzi. Peraltro, tale via sarà percorsa con una certa tenacia, tenuto conto del parere contrario fornito da una ricerca "esplorativa"[38] – commissionata dallo stesso *Home Office* – la quale aveva rilevato un nesso praticamente ininfluente, se non del tutto inesistente, tra tale politica e l'effettiva repressione dei matrimoni forzati. Ciò che se ne deduceva, infatti, era che l'innalzamento dell'età minima richiesta avrebbe semplicemente *posticipato* (ma non inibito) la conclusione di matrimoni determinati da pressioni esterne o caratterizzati da un consenso estorto.

Sulla (scarsa) tenuta dell'impianto normativo – già seriamente in dubbio in fase di pratica applicazione – si è definitivamente abbattuta la scure della Corte Suprema, che, nel 2011, ha rilevato l'incompatibilità della (diversa e "speciale") età minima prevista rispetto all'art. 8 della CEDU. Alla luce di ciò, il limite dei diciotto anni è stato ripristinato, comportando una chiusura del cerchio, ma non, di certo, della questione, rappresentando, piuttosto, la tappa intermedia di un'ulteriore evoluzione politica.

[38] M. HESTER, K. CHANTLER, G. GANGOLI, *Forced marriage: The risk factors and the effect of raising the minimum age for a sponsor, and of leave to enter the UK as a spouse or fiance´(e)*, Bristol, 2008.

4.2. La novella introdotta nel 2007 *al Family Law Act* ha assicurato – come suggerito dal titolo stesso della legge, che richiama la "*protection*" – la possibilità di ricevere una misura preventiva, mirante a inibire *ex ante* l'ingresso stesso in una unione indesiderata. La vittima, in un certo senso, non era ancora "tale", poiché il *protection order* sarebbe stato concesso già prima della conclusione del matrimonio, qualora un soggetto avesse riscontrato il pericolo, anche potenziale, che la propria volontà potesse subire forzature. L'aggiunta di una nuova sezione, specificamente dedicata alla riparazione del pregiudizio derivante da un matrimonio forzato, ha inoltre attestato la volontà di accantonare la prospettiva di una tutela di tipo rimediale in favore di una esplicita positivizzazione degli strumenti predisposti. I responsabili della coartazione, in ogni caso, sarebbero stati puniti con la reclusione (fino a cinque anni) solo qualora si fosse verificata una violazione del divieto di "interferenza" incorporato nel *protection order*. Oltre alla protezione sostanziale della vittima, poco, o forse alcuno, spazio residuava, infatti, per una autonoma repressione *penale* della condotta *in sé*, fatta eccezione per le ipotesi in cui si fosse registrata la commissione di un reato durante il conseguimento dell'obiettivo primario (il matrimonio forzato), come effetto secondario, più o meno indesiderato, rispetto a quello principale. Siffatta forma di tutela "debole" ha comportato il ritorno in auge del dibattito – invero mai del tutto sopito – sulla necessità di rinsaldare ulteriormente la disciplina in vigore, facendo trasmigrare la previsione civilistica verso l'area di interesse e competenza del diritto penale.

È in simile contesto che, nel 2014, ha visto la luce l'inclusione della sezione 121 A nell'*Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act*, il quale, prevedendo la reclusione fino a sette anni, introduce due reati volti a perseguire chi:

"(a)uses violence, threats or any other form of coercion for the purpose of causing another person to enter into a marriage, and;

(b)believes, or ought reasonably to believe, that the conduct may cause the other person to enter into the marriage without free and full consent".

Alla medesima *ratio* è stata ricollegata la successiva previsione, in base alla quale commette reato chi:

"a) practises any form of deception with the intention of causing another person to leave the United Kingdom, and;

(b) intends the other person to be subjected to conduct outside the United Kingdom".

Le critiche più consistenti, rivolte a un non necessario passaggio da una disciplina civilistica alla repressione penale dei matrimoni forzati, hanno poggiato sulla considerazione che un potenziale o probabile effetto deterrente – non del tutto esente da tratti di pena "esemplare" – non avrebbe costituito sinonimo automatico di efficacia della tutela, oltreché di effettività della stessa: da un punto di vista emotivo, l'eventuale denuncia della vittima avrebbe comportato l'applicazione della sanzione penale nei confronti di familiari o, almeno, di persone affettivamente vicine, con un serio rischio di sotto-rappresentazione, e non

di limitazione, del "fenomeno"[39]. Ciò che veniva messo in discussione, inoltre, era proprio l'inadeguatezza di aggiungere un'apposita fattispecie al fine di conseguire lo scopo prefissato dalla novella, che, sebbene pensata per rafforzare il quadro normativo preesistente, avrebbe finito con l'ottenere, plausibilmente, il risultato opposto di frammentarlo indebitamente e di allontanarlo definitivamente dagli strumenti offerti per tutti gli altri casi di violenza (di genere).

La tutela preventiva, e chiaramente anche successiva, così come predisposte, in sostanza, sono state avvertite come troppo "normativiste" rispetto alla complessità della realtà materiale, la quale avrebbe richiesto, semmai, una risoluzione caso per caso, che tenesse conto delle innumerevoli sfumature sottese a simile violenza, evitando statiche cristallizzazioni[40]. In aggiunta, come è stato notato, in sede penale l'onere della prova sarebbe divenuto particolarmente gravoso (richiedendo l'accertamento "*beyond reasonable doubt*" e non attraverso il "*balance of probabilities*")[41], soprattutto nei casi di mancanza di prova chiara della pressione subita: la conferma della forzatura alla base dell'unione risulta essere, in questo contesto, una *probatio diabolica*, senza contare le ipotesi in cui si dovessero (faticosamente) *provare* in giudizio l'offesa arrecata all'onore della famiglia o lo stigma sociale derivante dal rifiuto di contrarre il matrimonio[42].

Analogamente a quanto avvenuto in generale nel panorama europeo, quindi, l'argomento che più ha pesato nel dibattito avviato nel Regno Unito – e che ha, poi, condotto alla criminalizzazione – è stata la valutazione positiva, da parte dei sostenitori della misura, della possibilità di sviluppare una tutela strutturata "on the basis that a specific cri-

[39] Per una ricostruzione delle diverse posizioni si rinvia a *Forced Marriage – A Consultation. Summary Of Responses*, Home office, 2012; K. QUEK, *A Civil Rather Than Criminal Offence? Forced Marriage, Harm and the Politics of Multiculturalism in the UK*, The British Journal of Politics and International Relations, Vol 15, Issue 4, 2012, pp. 626 – 646; da notare le riserve già espresse al riguardo, nel 2005, da una ricerca del centro LGS, dal titolo "Response To The Home Office Consultation Document – 'Forced Marriage: A Wrong Not A Right'", in cui si esprimono tutte le perplessità altrove ribadite: "We believe that it is unrealistic to anticipate a great number of prosecutions under this new law. Since there already exists a range of 'offences against the person' in criminal law, the proposed regulation does not appear to close a gap in the existing legislation […] Changing English law would have little deterrent effect on those who do not, in the first place, perceive it to be the dominant legal system. Many 'perpetrators' of forced marriage are genuinely unaware that they are coercing their sons and daughters. They see their actions as part of their legitimate parental duty […]. In light of this problem, it is unlikely that the proposed law could work effectively as a deterrent, if many people genuinely do not think that it applies to them. The meaning of legitimate consent is so ambiguous cross-culturally that is unlikely that the criminal law can intervene to good effect here", pp. 7-9. Bisognerà ricordare, inoltre, come un matrimonio religioso non abbia alcuna validità in assenza di una conclusione in sede civile e a identica conclusione si giunge in merito ai casi di divorzio. Come nota Bowen: "Although churches legally register marriages, it has been difficult for mosques to achieve the same status […]. Some Muslims believe that an Islamic divorce in Britain also divorces them in the eyes of the law—a mistake exacerbated by solicitors who have lent their stamp to "divorce decree" papers that […] give the appearance of a legally–binding deed"; cfr., in proposito, J. R. BOWEN, *Private arrangement, "Recognizing sharia" in England*, Boston Review, 1 March 2009 (http://www.bostonreview.net/john-bowen-private-arrangements-sharia-England).

[40] S. ANITHA, A. GILL, *Coercion, Consent and the Forced Marriage Debate in the UK*, *cit.*, p. 179.

[41] T. GUPTA, K. SAPNARA, *The law, the courts and their effectiveness*, in *Forced Marriage: Introducing a Social Justice and Human Rights Perspective*, a cura di A. K. GILL, S. ANITHA, *cit.*, p. 171.

[42] I*bidem*, pp. 172-173.

minal offence speaks to the seriousness of the problem and *provides to individual victims a number of effective avenues to redress* […]in addition to operating as a mechanism for reconfiguring intra-group power"[43].

Di contro, il rischio di essenzializzare alcune realtà e dinamiche, unito alla sensazione che la criminalizzazione non aggiungesse nulla di più alla tutela principale offerta dal *protection order*, ha portato a ritenere plausibile il propagarsi dell'idea che i matrimoni forzati avessero *sempre* a che fare con problematiche di ordine pubblico legate alle migrazioni[44].

D'altro canto, come già da più parti avvertito, il quadro normativo preesistente sarebbe stato senz'altro idoneo, di per sé, a sopperire all'assenza di una nuova fattispecie di reato, tramite una interpretazione estensiva del concetto di violenza domestica, o rafforzando il campo di azione delle "Carte dei diritti" e, tra tutte, della CEDU[45]. Come è già stato sottolineato altrove, il risvolto "culturalista" della scelta penalista sarebbe uscito rafforzato da simile quadro. Le indispensabili "garanzie secondarie", insomma, erano già presenti e fruibili, incentivando da un lato la giustiziabilità, attraverso il potenziamento della normativa sovranazionale, dall'altro semplicemente constatando che il diritto penale sarebbe stato, in ogni caso, chiamato in causa come fonte di tutela aggiuntiva e collaterale[46].

La scelta di inserire una disposizione normativa *ad hoc* non ha fugato tutti i dubbi circa la ragionevolezza *in sé* della scelta attuata.

Consultando le statistiche ufficiali presentate nel 2016 dal *Foreign and Commonwealth Office*[47], infatti, non si è constatata una particolare flessione nelle richieste di ausilio e consulenza alla *Forced Marriage Unit*[48] e, anzi, nei primi momenti successivi all'introduzione della

---

[43] A. K. GILL, S. ANITHA, *Framing forced marriage as a form of violence against women*, *cit.*, p. 8.

[44] Una terza via da suggerire per leggere la scelta in favore della criminalizzazione potrebbe, forse, essere quella di una sorta di "requisito della discrezione", argomento impiegato proprio dalle Corti (in senso diametralmente opposto) in materia di diritto d'asilo e persecuzioni basate sull'orientamento sessuale. In base a esso, sostanzialmente, vi sarebbe una sottile linea che separa e divide la sfera privata da quella pubblica, per cui, solo qualora una determinata condotta o un comportamento diventassero "visibili", scatterebbe un'esigenza precisa di fornire risposte (e tutela) alle conseguenze pregiudizievoli da essi provocati ai valori o ai principi di una data società. Nel caso in esame, effettivamente, fino al risalto conferito ai fatti di cronaca che hanno repentinamente fatto emergere il "fenomeno", non si è registrato alcun bisogno di ricavare uno spazio normativo specifico – anche in termini punitivi e non solo di tutela della vittima – per situazioni sicuramente già diffuse, ma non *evidentemente* emerse. Celebre la decisione "spartiacque" che ha decretato, al riguardo, un momento di rottura con il passato, ovvero *H. J. and H. T. v. Secretary of State for the Home Department et al.*, del 2010.

[45] Si veda la ricostruzione di S. CHOUDHRY, *Forced marriage: the European Convention on Human Rights and the Human Rights Act 1998*, in *Forced Marriage: Introducing a Social Justice and Human Rights Perspective*, a cura di A. K. GILL, S. ANITHA, *cit.*, p. 67 ss.

[46] Come fanno notare Gupta e Sapnara, in riferimento all'efficacia dello strumento del *protection order*, "[a]s orders with a power of arrest attached provide a higher level of protection for the victims, this may indicate that the courts have a solid understanding of the substantial risks associated with forced marriage": cfr., T. GUPTA, K. SAPNARA, *The law, the courts and their effectiveness*, in *Forced Marriage: Introducing a Social Justice and Human Rights Perspective*, a cura di A.K. GILL, S. ANITHA, *cit.*, p. 172.

[47] Forced Marriage Unit Statistics 2016, Home Office, Foreign and Commonwealth Office, 7 march 2017, https://www.gov.uk/government/statistics/forced-marriage-unit-statistics-2016.

[48] Foreign and Commonwealth Office, 'Forced Marriage Unit' at http://www.fco.gov.uk/en/fco-in- action/nationals/forced-marriage-unit/forced-marriage.

fattispecie penale, è stata evidente, semmai, una decrescita degli accessi, tornati, però, nella media durante lo scorso anno. Probabilmente e (forse non) sorprendentemente, tra il 2009 e il 2010, gli anni di "prova" del *Forced Marriage (Civil Protection) Act*, si è rinvenuto il più elevato numero di istanze in assoluto, con circa 1800 casi esaminati (nel 2010), contro i 1400 del 2016. Ciò potrebbe costituire una mera coincidenza, ma potrebbe più probabilmente rispondere a dinamiche di maggiore efficienza, in determinati frangenti, di un "canale" privilegiato fortemente voluto per incentivare le denunce e il supporto esterno in caso di matrimonio forzato. *A contrario*, non appare semplice dato negativo che il crollo della quantità dei beneficiari si sia rapportato (quasi) specularmente alla novazione *dell'Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act*. I sospetti dei detrattori, insomma, potrebbero in parte essersi rivelati fondati, soprattutto per quanto attiene al maggior utilizzo dello strumento predisposto dal diritto *civile*, il quale avrebbe potuto (da solo) assicurare il riconoscimento della nullità dell'unione (decretandone l'invalidità *ab initio*) oppure imporre successivamente lo scioglimento del vincolo, non inficiando la valutazione sul vizio dei presupposti, ma consentendo un'idonea tutela successiva[49].

Un ultimo dato da commentare attiene, infine, alle richieste di protezione avanzata dagli uomini alla *Forced Marrigae Unit*, con una percentuale del 39% nel 2016, di certo superiore rispetto alle statistiche degli anni precedenti, sebbene (ancora) sensibilmente minore rispetto alle donne, che costituiscono il 61% del totale; i soggetti LGBT nel 2016 hanno composto, inoltre, il 2% delle istanze. Tali circostanze trasversali, se coordinate ai dati relativi ai Paesi di provenienza dei richiedenti, sollevano e stimolano ulteriori considerazioni. I soggetti provenienti da Pakistan, Bangladesh e India ne rappresentano la maggioranza ma non esauriscono la statistica, elemento che non soltanto porterebbe a smentire una inerente riferibilità della "tradizione" dei matrimoni forzati solo a determinate comunità, ma invita a valutare tale dato come specchio della *maggiore presenza* nel Regno Unito di soggetti provenienti dal subcontinente indiano. Anche il fattore legato all'età non è esente da corollari, considerando che l'accesso ai servizi della *Forced Marriage Unit* è stato effettuato, per lo più, da soggetti tra i 18 e i 25 anni[50], portando a smontare (forse) definitivamente la presunzione che il "*maturity argument*", influenzato probabilmente dal modello scandinavo, abbia davvero qualcosa da aggiungere da un punto di vista, almeno, della tutela preventiva, interrogativo già risolto, come visto, nel 2011, mediante l'intervento *tranchant* della Corte Suprema. Poste le infinite chiavi di lettura, dunque, il matrimonio forzato sembra ben più di una categoria concettuale e le sue sfumature non si limitano a una intrinseca differenza (solo) tra tradizioni giuridiche.

4.3. Il caso del Regno Unito, e la diatriba che il tema ha sollecitato, dimostrano che i percorsi inaugurati in alcuni Paesi siano serviti da "calco" o, per certi versi, da apripista per stimolare un intervento sempre più incisivo sul tema, sulla scorta di esperienze altrove già

[49] V., ad esempio, l'art. 12 c del *Matrimonial Causes Act 1973*, secondo cui "[a] marriage shall be voidable on the following grounds only, that is to say- […] that either party to the marriage did not validly consent to it, whether in consequence of duress, mistake, unsoundness of mind or otherwise […]".
[50] Foreign and Commonwealth Office, 'Forced Marriage Unit', *supra*, pp. 6-8.

operanti, e attraverso la ricomposizione normativa del dibattito registratosi a partire dai primi anni duemila. Che la legislazione civilistica – al pari degli strumenti di tutela da essa offerti – fosse già idonea ad arginare situazioni in cui la conclusione del matrimonio avvenisse dietro coercizione, è stato comprovato, tra l'altro, dall'uso sufficientemente ampio che i destinatari delle riforme hanno effettuato mediante il *protection order*[51].

Andrebbe specificato, inoltre, che la presentazione dell'istanza per il suo ottenimento era già prevista anche in favore di terzi (tra cui le forze dell'ordine e le istituzioni, i legali rappresentanti della parti o gruppi di promozione sociale) che avessero riscontrato un caso di pressione o forzatura a danno di un soggetto, rispondendo all'eventualità che la vittima non denunciasse la propria situazione di subordinazione rispetto alla volontà della famiglia o della comunità di riferimento, per timore di porre queste ultime sotto una luce di disvalore e biasimo o, ancora, di causare un intervento restrittivo nei confronti di esse[52].

In aggiunta, oltre alla richiesta di divorzio esperibile in virtù dei motivi elencati nell'art. 1 del *Matrimonial Causes Act* del 1973, una via preferenziale sarebbe stata costituita dalla possibilità di richiedere *tout court* la nullità dell'unione, evitando tutta una serie di effetti pregiudizievoli (di natura *in primis* morale) in danno alla vittima stessa[53]. Vanificando *ab initio* il matrimonio *in sé* – attraverso il riferimento esplicito alla situazione di *duress* contenuto nel punto 12 (c) – la sua *validità* sarebbe stata messa irrimediabilmente (e giustamente) in discussione, mentre ne sarebbe uscita praticamente intatta qualora l'intervento fosse stato focalizzato sull'istanza di divorzio. Chiaramente, i presupposti e le conseguenze non appaiono identici, tenuta in considerazione anche la maggiore riservatezza della procedura e la possibilità di ottenere specifiche *injunctions*. L'effettività e deterrenza superiori della normazione penale, di conseguenza, non ha raggiunto livelli considerevoli rispetto alla situazione preesistente, confermando, forse, i timori di una deriva di sotto-rappresentazione da più parti paventati.

L'aporia più evidente risiede, però, nella discrasia poco giustificabile tra la sempre maggiore "pubblicizzazione" della tematica e il mantenimento di una forte privatizzazione in materia di risoluzione delle controversie: il riferimento va al frequente ricorso alle *Alternative Dispute Resolutions* (ADR) nei casi relativi al diritto di famiglia. Nonostante i numerosi vantaggi in termini di deflazione, di costi e di meccanismi idonei ad addivenire a soluzioni transattive soddisfacenti – oltre alla capacità di incontrare più efficacemente esigenze "transculturali" e di "collaborative law"– la situazione è piuttosto intricata, in quanto:

"this increasing privatisation of disputes takes shape outside the traditional framework of family law [and it] seeks to resolve matrimonial disputes in conjunction with state law process and practice […] it raises a number of fundamental questions relating to citizenship, personhood and agency at the extent to which the privatisation of ADR mecha-

[51] Cfr., ad esempio, S. DICKSON, *Data on Forced Marriage Protection Orders*, London: Forced Marriage Unit, 2010.
[52] T. GUPTA, K. SAPNARA, *The law, the courts and their effectiveness*, *cit.*, p. 164 ss.
[53] *Ibidem*, p. 159 ss.

nisms may undermine traditional conceptions of justice, 'equality before the law' and 'common citizenship'"[54].

In particolare, in materia, l'attenzione è stata focalizzata sull'autorevolezza acquisita dal *Muslim Arbitration Tribunal* – istituito nel 2007 in virtù dell'*Arbitration Act* del 1996 – che si articola in cinque sezioni molto attive nella risoluzione di dispute di diversa natura, dalle vicende contrattuali alle successioni. Esso utilizza come fonti principale la *Shari'a* islamica, la *Sunna* del Profeta, nonché la ricca congerie di orientamenti della giurisprudenza classica delle quattro scuole giuridiche islamiche (sunnite). Nonostante l'implementazione di una sorta di sistema giurisdizionale parallelo a quello statale, esso non costituisce un *unicum*, essendo già attivo il *Beth Din* ebraico che giudica secondo i medesimi parametri derivanti dal sistema tradizionale (religioso) di riferimento. Nondimeno, a parte una maggior influenza dell'operatività del *Muslim Tribunal*, l'attività di quest'ultimo appare superiore, sia in termini di quantità di casi per i quali è adito, sia in relazione alla qualità (ed effettività?) delle decisioni rese rispetto all'omologo organo ebraico[55].

L'operatività del MAT ha suscitato una serie di riflessioni in relazione alla possibilità che, costituendosi, di fatto, una forma di giustizia parallela a quella "ordinaria", si cristallizzi un sistema giuridico del tutto alternativo e *autosufficiente*. Oltre a porre dei quesiti in tema di "giusto processo" e di uguaglianza tra *tutti* i cittadini, l'interrogativo più rilevante permane quello sui rapporti *effettivi* tra le diverse "fonti" e, nella fattispecie, sulle interazioni con il sostrato "tradizionale". Ciò che probabilmente rimane ai margini, ma marginale non è, ri-

[54] S. BANO, *The practice of law making and the problem of forced marriage: what is the role of the Muslim Arbitration Tribunal?*, in *Forced Marriage: Introducing a Social Justice and Human Rights Perspective*, a cura di A. K. GILL, A. SUNDARI, *cit.*, p. 177; il MAT non andrebbe confuso con gli *Shari`a Councils*, i quali non hanno carattere ufficiale e svolgono, principalmente, una funzione di mediazione intracomunitaria. Per una disamina su questi ultimi si veda S. BANO, *Islamic Family Arbitration, Justice and Human Rights in Britain*, 2007 (1) Law, Social Justice and Global Development Journal (LGD). Il MAT, invece, creato "per fornire alla comunità musulmana una valida alternativa per risolvere le controversie secondo la Legge Sacra", ha espressamente preso posizione in materia di matrimoni forzati, come si evince dal report *Liberation from Forced Marriages*, (consultabile all'indirizzo http://www.matribunal.com/MAT_Forced_%20Marriage_%20Report,) reclamando la maggiore idoneità della propria sede, in quanto "a community based court would be better placed to deal with the intricacies of the community issues"; D. MACEOIN, *Sharia Law or 'One Law for All'?*, London, 2009; A. KORTEWEG, J. SELBY, A. KORTEWEG, *Debating Sharia: Islam, Gender Politics, and Family Law Arbitration*, Toronto, 2012; N. V. VINDING, *Muslim Position in the Religio-organisational Fields of Denmark, Germany and England,* Copenhagen, Det Teologiske Fakultet No. 42, 2013; J. R. BOWEN, *On British Islam: Religion, Law, and Everyday Practice in Shari'a Councils*, Princeton, 2016.

[55] Cfr., sul punto, A. A. JAMAL, *ADR and Islamic law: the cases of the UK and Singapore*, NUS Law Working Paper 2015/04, May 2015, che afferma: "In this respect, arbitration, even more so than other ADR methodologies, may be viewed as 'pluralism enhancing' since it opens the possibility of a wide range of different legal orders operating with one jurisdiction […] However, such a process runs the serious risk of constricting the interpretive plurality inherent in the Shari'a, and thus could, paradoxically, undermine the pluralism enhancing virtues of arbitration", p. 2. L'Autore nota, inoltre, comparando i rapporti tra ADR e legge islamica nel Regno Unito e Singapore, come, nonostante in quest'ultimo caso la *Shari'a* risulti formalizzata e istituzionalizzata a livello ordinamentale, il primo riesca a fornire e promuovere risposte più efficaci, nonostante si tratti di un "sistema informale".

guarda la netta differenza tra un giudizio (totalmente) improntato sulla *Shari'a* come legge parallela e "collaterale" e uno che miri, invece, ad armonizzare la *Shari'a con* il quadro generale della *legge* dello Stato[56]. A ben vedere, più che di uno "scontro" tra sistemi (e principi) giuridici differenti, si tratterebbe di un processo di *integrazione* tra livelli di fonti. Questi ultimi, infatti, appaiono in un rapporto di mutua "collaborazione", dimostrata da due esempi emblematici: da un lato, dalla nascita di una sorta di "sistema ibrido" che combina elementi tradizionali *e* statali e, dall'altro, dalle modalità con cui il *Muslim Arbitartion Tribunal* fronteggia la problematica dei matrimoni forzati.

Per ciò che concerne il primo punto – nonostante non sia questa la sede idonea per approfondire la questione – può notarsi la nascita della cosiddetta *angrezi shariat*, ovvero "una nuova forma di *sharia*, una legge islamica inglese che resta non riconosciuta a livello ufficiale ma che sta aumentando in termini di evidenza come forza giuridica dominante nelle varie comunità musulmane", favorita, evidentemente, da un processo sempre più compiuto, ispirato dal e al pluralismo giuridico[57]. In aggiunta, proprio la possibilità di trasformazione dell'elemento tradizionale – già peraltro soggetto alla "flessibilità" delle interpretazioni – risulterebbe potenziata proprio nel contesto della "diaspora" avvenuta attraverso i flussi migratori[58]. Risulterà evidente, anche qui, il ruolo "poliedrico" che essi possano rivestire e, non a caso, la disciplina dell'immigrazione viene invocata anche dal MAT – in senso opposto a quello "culturalista" – in relazione alla funzione "suppletiva" da esso svolta in materia[59]. In particolare, viene sottolineata l'assenza di un meccanismo idoneo a rilevare casi di matrimoni forzati, *nonostante* l'insistenza delle politiche governative su una forma di contenimento degli ingressi:

"In the case that the visa to settle in the UK is refused to the foreign spouse by the ECO, the appellate authorities do interview the sponsoring British citizen, *but no emphasis is placed on the finding of whether the marriage was entered into with the consent of the parties*. In any event these appeals are costly and time consuming"[60].

---

[56] Nel 2008, il Lord Chief Justice Philips ha affermato: "There is no reason why Sharia principles, or any other religious code, should not be the basis for mediation or other forms of alternative dispute resolution", cfr. "Top judge sees mediation role for Sharia", http://uk.reuters.com/article/uk-britain-sharia-idUKL0361209920080703.

[57] M. M. KESHAVJEE, *Islam, Sharia and Alternative Dispute Resolution: Mechanisms for Legal Redress in the Muslim Community*, London, 2013. L'autore, inoltre, presenta la *angrezi shariat* come "the outcome of the interface between the United Kingdom official laws and the principles of Islamic law and various customary practices followed by various Muslim communities within a very specific juridical context", p. 99.

[58] *Ibidem*, p. 100.

[59] Il report sul tema dei matrimoni forzati redatto dal MAT afferma, al riguardo: "The current immigration regime offers no point of detection for the incidence of such a marriage. The British citizen will have married and returned to the UK. The parent/guardian that had initially coerced them into the marriage would continue to coerce them into preparing sponsorship documentation in order that an application can be made by the foreign spouse.[…] MAT seeks to put the interest of the British citizen as primary. As established above the primary victim of the forced marriage is the British citizen. *The current immigration system entirely misses out the British citizen from its process*", *Liberation from Forced Marriages*, *cit*., pp. 11-13, enfasi aggiunta.

[60] *Ibidem* p. 12, enfasi aggiunta.

A tal proposito, e, segnatamente, nel caso di un ricongiungimento familiare, la procedura prevista dal *Muslim Arbitration Tribunal* prevede il deposito, su iniziativa della parte interessata, di una dichiarazione *negativa*, ovvero che nell'unione non siano (stati) presenti elementi di forza o di coercizione[61]. Questa potrà, poi, essere allegata in sede di richiesta del visto necessario per fare ingresso nel Regno Unito, ma, qualora difetti simile "testimonianza", l'ufficio competente potrà, ovviamente, effettuare tutte le valutazioni ritenute necessarie per chiarire lo "stato" dell'unione matrimoniale[62].

Determinante, però, appare la formazione dei giudici del MAT[63], le cui qualità vengono esplicitamente valorizzate in relazione alla profonda conoscenza della problematica, poiché sperimentata "direttamente" nelle famiglie o comunità di riferimento[64]. L'audizione di fronte a essi, registrata in modo da assicurare la trasparenza e l'attendibilità dell'intera procedura ed evitare "recriminazioni da parte di terzi", è improntata, oltretutto, al rispetto del soggetto interessato e della sua riservatezza. Come si noterà, il *quid pluris* offerto dal *Tribunal* consta dell'importante accento posto sulla differenza dei *presupposti* del "processo", rispetto alla via ordinaria, e, precisamente, sulla maggiore "vicinanza" e affinità dei giudici con le situazioni e le circostanze che sono chiamati a esaminare, fornendo, al contempo, un mezzo efficace per contrastare simile pratica "dall'interno"[65]. Il *protection order*, infatti, potrebbe risultare anche non *effettivo*, soprattutto per ciò che concerne le problematiche *sostanziali* che il matrimonio forzato presenta, tra le quali, il MAT elenca: l'assenza di chiare infrastrutture di supporto per la vittima e di strategie di "uscita" dal vincolo che siano dettagliate e definite, l'eventualità che lo stesso *order* venga utilizzato con finalità ritorsiva da parte della famiglia che ne è destinataria, la ritrosia del soggetto interessato nell'azionare il proprio diritto di fronte a una Corte o il pericolo che esso venga silenziato e represso ad opera della "comunità" di appartenenza. Nonostante ciò, in ogni caso, qualora la forzatura o la coercizione alla base dell'unione fossero acclarate, il MAT può richiedere, di propria iniziativa, il rilascio di un *protection order* in favore della vittima.

Da simile circostanza si evince chiaramente come l'intento della soluzione "alternativa" sia principalmente quello di accostarsi ma non *sostituirsi* alla procedura ordinaria. A proposito delle (differenti) risposte offerte, infatti, si evince chiaramente che:

"It is clear that the process envisaged by MAT will not give an absolute solution to the problem of forced marriages. However, in proposing the process of MAT alongside the

[61] Si noti, in aggiunta, che il MAT enuclea un'ulteriore e differente categoria, rispetto ai matrimoni forzati e combinati, ovvero i "coerced marriage", caratterizzati dalla circostanza per cui "the two individuals concerned are not consulted at all or the consultation is at best ceremonial. […]Marriages that use the method of coercion are ones where the parents or other members of the family pressurise the individuals using tactics. […]. In the vast majority of these circumstances the will of the parents usually prevail". *Ibidem*, p. 8.

[62] *Ibidem*, p. 13.

[63] Esso, oltre a rispettare delle "procedure predefinite", si compone (almeno) di un "dottore" della legge islamica e un *solicitor* o un *barrister*.

[64] *Ibidem*, p. 14.

[65] Il MAT è chiaro nel dichiarare che i matrimoni forzati – a differenza di quelli combinati – non trovino ancoraggio alcuno nella legge islamica, comportandone *in tutti i casi* la nullità.

parameters of the Forced Marriages Act 2007, at least the message will be absolute to the perpetrators. If the forced marriages are identified in the first place and visas refused, many young people will not be trapped in loveless, arranged marriages"[66].

Un maggior coinvolgimento del sostrato giuridico tradizionale di riferimento, almeno in una fase, per così dire, pregiudiziale, può, dunque, non solo offrire una vicinanza più marcata nei confronti di determinate tematiche, ma risultare perfino preferibile, là dove dinamiche comunitarie o prassi "tradizionali" risultino senz'altro più alla portata del *Muslim Tribunal*, anche in termini di "preparazione" in materia.

Certamente, non risultano fugati tutti i dubbi in merito alla scelta di non affidarsi all'*adversary trial*, nella misura in cui anche questa opzione potrebbe essere frutto, al pari dell'unione messa in discussione, di una forma di pressione instillata nel soggetto che "subisca" una (aggiuntiva) decisione altrui. Le asimmetrie di cui si discuteva a proposito del *coercive burden* potrebbero finanche risultare raddoppiate e replicate in un simile contesto, reiterando le medesime imposizioni cui una vittima di pressione altrui tenti di sottrarsi. Tali perplessità potrebbero rafforzarsi nel momento in cui il *Tribunal* statuisca che di matrimonio forzato si tratti, senza essere tenuto, al contempo, a motivare il proprio convincimento, oltre alla circostanza per cui risulti piuttosto complicato rintracciare le decisioni da esso emesse.

Le apprensioni non sembrano del tutto fondate, comunque, per la semplice ma decisiva ragione in base alla quale la decisione ottenuta non solo non è affatto definitiva, ma necessita comunque di un passaggio di validazione da parte della giurisdizione "ordinaria", tale che tanto nel caso in cui il ricorso alla risoluzione alternativa della disputa non sia del tutto consensuale, quanto nella ipotesi di scarsa legittimità (e compatibilità) del suo contenuto con la legge dello Stato, essa non produrrebbe effetto alcuno.

Come ribadito poc'anzi, infatti, i rischi di una privatizzazione del contenzioso sono arginati da una serie di correttivi, oltre a prevedere, nel caso in cui vi siano gli estremi di una condotta penale, l'insindacabile decisione finale della giurisdizione ordinaria, per cui a nulla varrebbe una volontà di non procedere (eventualmente o potenzialmente) espressa dal Tribunale Arbitrale Musulmano. Sarebbe da sottolineare, semmai, come anche questo dato confermi la natura ancora precaria della direzione intrapresa dalla nuova normativa penale in tema di matrimoni forzati, se è vero che una certa stretta sul controllo della pratica, tale da configurare *ex novo* un caso di *criminal offence*, non appare del tutto convergente con simile strumento, insieme con la possibilità per il destinatario di "scegliere" la tutela da azionare.

Inoltre, proprio l'"incertezza del diritto", scaturente da una disciplina "a più strati" ha comportato una tutela sostanziale inversamente proporzionale alle alternative previste in via formale[67]. Oltre all'incoerenza insita nel poter esercitare un'ampia opzione in base alla

[66] *Supra*, p. 17.

[67] Così si esprime, per esempio, Bano: "the Muslim Arbitration Tribunal [which] operates as a civil law mechanism under the auspices of the 1996 Arbitration Act to produce decisions that may be enforced and relied upon in the civil courts. Within British Muslim communities we therefore currently have a three-tier approach to resolving matrimonial disputes: state law, unofficial community mediation (Sharia Councils) and the new

via ritenuta più consona in relazione alla giustiziabilità – al netto, peraltro, della possibilità delle stesse autorità di avviare *motu proprio* e d'ufficio dei procedimenti nei confronti del responsabile – la lacuna maggiore è rappresentata dalla discrasia tra la tensione verso il rafforzamento di esigenze di sicurezza legate all'ordine pubblico e la deferenza verso "pratiche" di difficoltosa armonizzazione con i principi generali dell'ordinamento. Il percorso intrapreso dal Regno Unito, infatti, non è assimilabile *in toto* né al modello scandinavo, che, in tempi decisamente anteriori, ha esplicitamente intrapreso una convinta repressione del fenomeno *anche* attraverso il contenimento dell'età per l'ingresso, tantomeno alle procedure qualche rigo addietro indicate, in cui il divieto di ingresso per i cittadini terzi è stato inesorabilmente imposto in presenza di una mera presunzione di forzatura. Proprio la particolare attenzione verso le esigenze multiculturali ha giocato un ruolo "doppio": da un lato, ha comportato una creazione progressiva di una disciplina poco lineare e un avvicinamento dubbioso alla creazione della specifica fattispecie penale, dall'altro ha mantenuto (con una certa consapevolezza) le specialità degli istituti tradizionali in relazione alle garanzie sostanziali. Di conseguenza (e paradossalmente), nonostante la forte "pubblicizzazione" della tematica, permane una "privatizzazione" dei diritti di azione e di difesa in capo ai titolari, di faticoso adattamento alla novellata disciplina e di difficile discernimento rispetto alle finalità di politica governativa a essa sottese.

L'aver (volontariamente) ignorato o sottovalutato la sufficienza della disciplina civilistica, insieme con gli strumenti di diritto sovranazionale, fa ritenere la strada intrapresa dal Regno Unito una scelta, non troppo celata, verso una stretta sul diritto dell'immigrazione, cui si aggiunge l'incerta efficacia dimostrata dalla tutela penale, almeno nei primi anni della sua implementazione.

5. Come appurato, gli orientamenti seguiti da diversi Stati europei sono stati dettati da esigenze diversificate, unite ad adattamenti o circolazioni di modelli già implementati. Di conseguenza, non si potrebbe giungere serenamente alla conclusione per cui i matrimoni forzati siano *da tutti* avvertiti come un problema legato all'ordine pubblico o, in senso forse più "irenico", alla ricerca di convergenze con tradizioni giuridiche, prassi e istituti appartenenti a cittadini di seconda generazione o a specifiche minoranze etnico-religiose.

Evidentemente, le determinazioni in favore di una sistematizzazione della problematica attraverso il diritto civile *o* penale non possono essere valutate astrattamente, rispondendo a contingenze eterogenee, in relazione al *background* normativo e istituzionale di ciascun Paese. Non vi sarebbe, in effetti, una preferenza decisa verso l'impiego di una sola delle due discipline, e una normazione che accompagni i profili definitori dell'una con gli strumenti di tutela dell'altra appare prassi decisamente più seguita. In aggiunta, anche i Paesi in cui la scelta verso la criminalizzazione non è risultata in una *extrema ratio*, ma, piuttosto, in quella principale, hanno avvertito la necessità di rinsaldare la disciplina del diritto di famiglia, di fatto aprendo la strada a forme di tutela strettamente intersecate.

Muslim Arbitration Tribunal", S. BANO, *Muslim Women and Shari'ah Councils: Transcending the Boundaries of Community and Law*, London, 2012, p. 54.

In conclusione, il filo conduttore di tutti gli interventi sembra rispondere a tale ultimo obiettivo, il quale spiegherebbe l'assenza di una netta prevalenza degli strumenti offerti dal diritto civile o da quelli più incisivi previsti da una specifica fattispecie penale.

Che vi sia (stata) mutua influenza tra i diversi "esperimenti" legislativi europei, con successivi aggiustamenti o adattamenti di schemi altrove elaborati, risulta, dunque, abbastanza chiaro, nonostante non possa decretarsi con certezza *fino a che punto* gli esempi disponibili abbiano avuto o avranno un peso decisivo nel delineare la fisionomia di ciascuna legislazione interna, né quale sia la principale *sedes materiae* di riferimento.

Il caso del Regno Unito, segnatamente, potrebbe rappresentare un valido modello per quegli Stati in cui la legislazione in materia si attesti ancora in una fase embrionale o in cui il dibattito sulla multiculturalità e la pluralità delle fonti giuridiche risulti ancora piuttosto acerbo. Tra i tanti Paesi, l'Italia, certamente, rientrerebbe in questa seconda categoria. Proprio l'atteggiamento "ondulatorio", mostrato dalle politiche sul tema, potrebbe condurre gli Stati che abbiano virato verso la disciplina penalistica a rivalutare un'integrazione con le tutele di matrice civilistica, stante la maggiore efficacia riscontrata nel caso in esame e le statistiche positive in merito all'accesso agli strumenti predisposti. Di contro, per coloro i quali spingono verso una criminalizzazione, non ancora discussa, né formalizzata, il *case study* proposto può validamente fungere da "test di proporzionalità", al fine di verificare quanto sia effettivamente "conveniente" (e desiderabile) rispetto all'inquadramento della disciplina in un campo di interesse più generale, quale quello dei diritti fondamentali o la prevenzione della violenza di genere. Esso, infatti, esemplifica in modo paradigmatico quanto di poco stringente vi sia nel collegare la ricerca di strumenti di normazione più incisivi con l'aggiunta costante di nuovi e specifici interventi, situazione qui aggravata dalla evidenziata incoerenza per ciò che concerne i mezzi predisposti per la giustiziabilità.

NOTE E RECENSIONI

ART COLLECTIONS, PRIVATE AND PUBLIC: A COMPARATIVE LEGAL STUDY

GIOVANNI MARIA RICCIO – VIRGINIA ZAMBRANO

SOMMARIO: 1. La necessità della comparazione nello studio del diritto dei beni culturali. – 2. Le definizioni sono necessarie? – 3. Musei e collezioni private tra interessi pubblici e istanze privatistiche. – 4. Il rapporto pubblico/privato e gli investimenti nel settore culturale.

1. Il recente volume di Elina Moustaira "Art Collections, Private and Public: A Comparative Legal Study" (Springer, 2015) si presta ad una molteplicità di possibili letture, arricchendo il dibattito in corso sulle connessioni tra diritto e organizzazione della cultura.

Pur nella agilità del suo formato (appena un centinaio di pagine), il libro coglie un dato noto agli studiosi dei beni culturali (e su cui si ritornerà a breve) e, cioè, il definitivo superamento del rigido incasellamento nei confini, oramai angusti, del diritto pubblico e del diritto privato. L'Autrice, correttamente, spazia da questioni prettamente amministrativistiche (come, ad esempio, l'analisi della disciplina museale) o penalistiche (l'appropriazione e la vendita di beni culturali) ai problemi tipici del diritto privato – e, in particolare, del diritto d'autore – quali il diritto di seguito e il diritto morale connesso all'integrità delle opere.

Il *leit motiv* che sembra guidare l'intera ricerca è l'utilizzo, nello studio dei diversi fenomeni, della metodologia comparatistica. Un uso della comparazione, però, non statico e circoscritto al raffronto pedissequo tra le diverse soluzioni nazionali, ma, per dir così, dinamico, atto a evidenziare l'influenza del diritto internazionale (da sempre lo strumento preferito nella disciplina dei beni culturali) sui singoli modelli nazionali e, al contempo, le influenze che si esercitano, in un senso, tra gli stessi modelli nazionali, per mezzo di un singolare processo di imitazione delle regole giuridiche, e, in altro senso, nei fenomeni di *feedback* cui frequentemente si assiste nelle evoluzioni del diritto comunitario.

Due esempi, tratti dal libro di Elina Moustaira, appaiono paradigmatici.

Il primo riguarda il caso *Massachusetts Museum of Contemporary Art v. Christoph Büchel*, deciso dalla *District Court of Massachusetts*. La controversia atteneva alla possibilità per un museo di presentare un'istallazione di un artista svizzero, installazione consegnata, ma non ancora ultimata, ed esposta al pubblico con l'indicazione che si trattava di un'opera incompleta. La lettura del caso evidenzia due aspetti interessanti: da un lato, che la disciplina statunitense cristallizzata nel VARA (*Visual Artists Rights Act* – §106A *U.S. Copyright Act*) ha rappresentato e potrebbe rappresentare, nel prossimo futuro, un solco da percorrere anche da parte di altri ordinamenti (basti pensare alle soluzioni che il VARA offre per la *street art*,

forma d'arte spesso presa in esame a livello legislativo esclusivamente quale fattispecie di vandalismo) e, dall'altro, la necessità di aggiornare la legislazione vigente alla luce delle profonde innovazioni vissute dal mondo dell'arte e, in generale, della produzione culturale.

In chiave più strettamente comparatistica, l'Autrice si sofferma anche sulla vicenda del diritto di seguito, ossia sulla remunerazione dovuta all'artista in caso di successive alienazioni della sua opera.

L'evoluzione di tale diritto appare particolarmente intrigante. Il modello dominante, com'è noto, è quello francese, che ha regolamentato il *droit de suite* sin dal 1920. Tuttavia, il punto di svolta fondamentale si registra solo nel 1971, quando la modifica della Convenzione di Berna del 1886 introduce l'art. 14-*ter*, che incoraggia gli Stati membri ad includere, nella legislazione nazionale, "un diritto inalienabile alla cointeressenza in qualsiasi operazione di vendita di cui l'opera sia oggetto dopo la prima cessione effettuata dall'autore". A seguito di tale modifica, molti Stati decidono di seguire l'auspicio della Convenzione, come la Spagna che, con l'art. 24 del *Real Decreto Legislativo* 1/1996, inserisce nella legislazione sul diritto d'autore il *derecho de participación*.

La parabola del diritto di seguito però non si arresta, quasi a voler dimostrare che, nel settore del diritto d'autore e dei beni culturali, la circolazione giuridica può percorrere strade molteplici. Difatti, come si è visto, il diritto internazionale convenzionale subisce la pressione del diritto nazionale (quello francese), ma a sua volta influenza il diritto di un altro ordinamento (quello spagnolo). Poi, dal diritto nazionale, si "risale" la corrente del diritto sopranazionale con la direttiva 2001/84/CE, "relativa al diritto dell'autore di un'opera d'arte sulle successive vendite dell'originale". La direttiva è poi recepita negli altri Stati membri e modificherà, per mezzo di un processo di doppia circolazione, anche quegli ordinamenti in cui, prima dell'intervento della Commissione europea, il diritto di seguito era già stato oggetto di un intervento legislativo.

2. Sarebbe, tuttavia, riduttivo analizzare il volume di Elina Moustaira nella prospettiva unica dell'indagine comparatistica.

L'Autrice, infatti, si cimenta col difficile rapporto tra diritto e altre discipline: un tema, quello della convergenza tra i differenti piani di analisi, da tempo affrontato dalla letteratura giuridica (basti pensare agli studi in materia di *law & literature*), che, nel settore in esame, assume un'importanza centrale.

In tal senso, non è privo di significato che il volume prenda le mosse da una questione ampiamente affrontata dagli studiosi del diritto d'autore e di difficile, se non impossibile, risoluzione.

Che cos'è l'arte? E, corollario non indifferente nel panorama che ci interessa, che cos'è l'arte per il diritto?

È appena il caso di osservare che il diritto è indifferente rispetto al valore artistico dell'opera, ma che, in seno all'arte contemporanea, tale difficoltà classificatoria è dibattuta. Spesso si tende a considerare, per dirla con Gombrich (*Arte e pubblico*, *Artisti, esperti, clienti*, ed. it., Milano, 2013), che l'arte è ciò gli esperti hanno reputato tale: e, quindi, nel terreno che ci riguarda, diviene difficile determinare se alcune forme di espressione meritino di es-

sere ricondotte in seno ai fenomeni artistici e, di conseguenza, godere di uno spettro di protezione giuridica oppure debbano essere relegate nel limbo della libera manifestazione della personalità.

L'art. 10 del Codice dei beni culturali, sebbene non prenda direttamente a parametro il prodotto artistico, è un esempio emblematico in tal senso, perché, con una sorta di tautologia, qualifica il bene culturale come quel bene che presenta un "interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico", senza, tuttavia, qualificare l'interesse stesso.

A ben vedere, e si tratta di un aspetto ampiamente analizzato dall'Autrice, le difficoltà tassonomiche si riverberano anche nella complessità di dettare definizioni che possano perimetrare la nozione di museo.

Nella maggior parte delle esperienze nazionali, manca una qualificazione e, anche nei casi in cui si tenta uno sforzo definitorio, si registrano significative discrasie: basti osservare, a titolo esemplificativo, le differenze tra la *Loi relative aux musées de France* del 2001 e la legge portoghese, peraltro ispirata chiaramente al *Code of Ethics for Museums* dell'ICO (*International Council of Museums*).

3. Un tema affascinante affrontato dall'Autrice è quello della disciplina dei musei, analizzata partendo – in prospettiva storico-comparatistica – dalla nascita degli stessi, frutto della stagione del colonialismo. È un profilo avvincente, perché, almeno in via declamatoria, i musei sorgono per tutelare e preservare le opere, creando collezioni uniche, facilmente accessibili.

In realtà, il "tempio delle muse" – dal termine greco *mouseion* – assurgono a luoghi in cui si concentrano le opere sottratte, frutto dello sfruttamento capitalistico e rispecchiano, almeno originariamente, l'idea che le civiltà occidentali siano superiori e siano, nei fatti, le sole deputate a garantire una protezione adeguata ad opere che potremmo ricondurre, aderendo ad una terminologia contemporanea, al patrimonio dell'umanità.

Sotto altra e antitetica visuale, i musei sono però l'espressione dei "saccheggi" avvenuti in costanza di eventi bellici. Non è un caso, del resto, che il diritto dei beni culturali sia stato sempre indirizzato a contrastare la spoliazione delle opere e che, a livello internazionale, la prima grande convenzione internazionale, nel settore che ci interessa, successiva al secondo conflitto mondiale – la Convenzione dell'Aja del 1954 – dedichi ampio spazio non solo alla protezione delle opere (identificate con il c.d. scudo-blu), ma altresì alla necessità che tali opere non siano sottratte alle nazioni cui appartengono.

Nel volume si evidenzia, ancora una volta, la difficoltà definitoria della nozione di museo. Limitando lo sguardo al diritto nazionale, del resto, l'art. 101 del Codice dei beni culturali dispone una formulazione ampia, che abbraccia qualsiasi "struttura permanente che acquisisce, conserva, ordina ed espone beni culturali per finalità di educazione e di studio".

Gli scopi del museo, quindi, sono più importanti, agli occhi del legislatore, dei criteri di appartenenza – pubblico/privato – e denotano, altresì, una visione rinnovata, che non si limita al momento della catalogazione e conservazione ma che, evidentemente, è rivolta

all'esterno, giacché tutte le attività del museo devono essere finalizzate all'interesse superiore associato alla formazione e alla ricerca.

Nel corso del tempo, anche a causa della scarsità delle risorse economiche pubbliche, si è assistito alla formazione di collezioni private, sganciate dal potere politico, cresciute in parallelo allo sviluppo dei musei pubblici.

Il collezionismo moderno, però, è retto da logiche differenti. Dapprima è espressione del mondo bancario e finanziario (si pensi all'esperienza Rockefeller), progressivamente diviene un motore non tanto della promozione culturale, quanto della scelta delle correnti artistiche o dei singoli beni culturali da incoraggiare, incidendo sul loro valore commerciale. Si assiste, quindi, ad una stagione in cui gli interessi della collettività cedono il passo alle esigenze dei singoli, dove l'arte, sganciata dalla visione estetizzante, diviene un prodotto industriale, che segue logiche capitalistiche, associate al profitto ricavabile dalle opere veicolate.

4. Provando ad immaginare un ideale percorso di raffronto tra vari settori del diritto, non può sfuggire la relazione, cui si è fatto cenno in apertura, tra diritto pubblico e diritto privato.

Questo aspetto è messo ampiamente in risalto nel quinto e nel sesto capitolo del libro, dove sono analizzate le molteplici declinazioni di tale dicotomia.

Non appare casuale, dunque, che si rimarchi il rapporto, in termini quasi di conflitto, tra collezioni private e pubbliche (l'Autrice discorre, infatti, di *private collections "versus" public collections*) e le nette disparità di disciplina che si notano nello studio della *governance* dei musei.

La commistione pubblico/privato si manifesta con sfaccettature differenti.

Da un lato, le relazioni contrattuali tra artisti e musei, ampiamente dibattute nella dottrina tedesca: contratti di diritto pubblico o privato? O, più propriamente, contratti regolati da una disciplina mista?

Dall'altro, nella scia delle più recenti istanze, il diritto dei singoli ad accedere ad un patrimonio culturale che si connota di sfumature differenti a seconda che si tratti di collezioni gestite da enti pubblici o da soggetti privati.

Peraltro, vista dalla prospettiva dei fruitori, tale relazione pare sganciarsi dalla dualità pubblico/privato e, in alcuni punti dello scritto in commento, riecheggiano le istanze dottrinarie in materia di beni comuni, che, da tempo, sostengono la necessità che alcune espressioni della produzione artistica si sottraggano alle tradizionali regole proprietarie.

Né sfugge, a tal riguardo, l'incidenza della tradizione giuridica sulle soluzioni adottate. Nel diritto continentale di derivazione francese, infatti, ci si fatica a liberare da un'idea di Stato che, direttamente o indirettamente, deve sovrintendere all'organizzazione culturale; nei Paesi di *common law*, al contrario, sono incentivate forme di partecipazione dei privati.

Spesso, però, gli interventi legislativi appaiono maldestri o, quanto meno, incompleti. Basti pensare alle recenti "Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo" (Legge n. 106 del 29/07/2014) che hanno introdotto nel nostro ordinamento il c.d. *art bonus*, ossia un credito d'imposta per le erogazio-

ni liberali e, in generale, per le forme di mecenatismo a favore del patrimonio culturale. Una scelta apparentemente felice che, tuttavia, incontra il limite di abbracciare esclusivamente i beni pubblici, estromettendo i beni privati e l'arte contemporanea.

In Francia, al contrario, la legge sul mecenatismo (*Loi no. 2003-709*) premia anche coloro che sostengono – non solo con donazioni in denaro, ma anche per mezzo della fornitura di mezzi o servizi – le mostre di arte contemporanea, nonché, in una logica unitaria di sostegno delle attività culturali, gli spettacoli dal vivo (musicali, teatrali, circensi, nonché le produzioni cinematografiche), assicurando una riduzione d'imposta, del 60% dell'ammontare della donazione, seppur nei limiti del 5 per mille del fatturato.

Un altro sentiero che appare ancora poco praticato in Italia è quello del *crowdfunding* delle attività artistiche. Si tratta di una forma di partecipazione diffusa, in grado di coniugare le preferenze del pubblico e con la necessità, oramai ineludibile in una contingenza di crisi economica, di reperire fondi non statali. All'estero si stanno sviluppando le prime piattaforme tematiche destinate all'arte – delle quali una, *BeArt*, paradossalmente creata da italiani –, che sono destinate a divenire, nei prossimi anni, uno dei motori trainanti dell'economia della cultura: stupisce, quindi, che l'occhio del legislatore italiano, sinora, abbia limitato il proprio campo di azione alla problematica della raccolta dei capitali e non si sia spinto ad ammettere incentivi per le erogazioni verso progetti considerati meritevoli.

In definitiva, leggi, come quella sull'*art bonus*, non possono che essere salutate positivamente, a condizione che siano un primo tassello di un mosaico organizzativo e, prima ancora, politico, adatto ad attrarre le risorse indispensabili per la promozione (e, in taluni casi, per la sopravvivenza) del nostro patrimonio culturale.

GIURISPRUDENZA

COMUNIONE E CONDOMINIO

CASS. CIV., SEZ. II, 9 GENNAIO 2017, N. 199

In tema di condominio negli edifici, il condomino che abbia pagato l'intero corrispettivo di un contratto d'appalto concluso dall'amministratore per l'esecuzione di lavori di rifacimento del solaio di un lastrico solare di proprietà esclusiva del primo non ha diritto di regresso verso gli altri condomini, sia pure limitatamente alla quota millesimale di ciascuno di essi, né può avvalersi della surrogazione legale ex art.1203, n. 3, c. c., trattandosi di un'obbligazione parziaria e non solidale e difettando l'interesse comune all'adempimento, mentre può agire nei confronti degli altri condomini per ottenere l'indennizzo da ingiustificato arricchimento, stante il vantaggio economico ricevuto da costoro.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE II

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. PETITTI Stefano - Presidente -
Dott. GIUSTI Alberto - Consigliere -
Dott. COSENTINO Antonello - Consigliere –
Dott. FALASCHI Milena - Consigliere -
Dott. SCARPA Antonio - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 18875/2012 proposto da:

T.F., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA TORRE DI PRATOLUNGO 11, presso GIOVANNI TRAETTA, rappresentato e difeso dagli avvocati LUCIA BARONE, DOMENICO CARACCIOLO;

- ricorrente -

contro

P.P., C.A.;

- intimati -

avverso la sentenza n. 6475/2011 del TRIBUNALE di NAPOLI, depositata il 25/05/2011;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 29/09/2016 dal Consigliere Dott. ANTONIO SCARPA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SERVELLO Gianfranco, il quale ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso del 17 dicembre 2004 T.F. richiese al Giudice di Pace di Napoli di emettere decreto ingiuntivo nei confronti di P.P. e C.A. per la somma di Euro 921,07 oltre interessi e rivalutazione. La T. esponeva di essere condomina del fabbricato sito in (OMISSIS); che l'amministratore del Condominio aveva incaricato in via d'urgenza l'impresa P.G. per il rifacimento del solaio del terrazzo di copertura dell'edificio di proprietà T.- C., a causa delle infiltrazioni d'acqua piovana da esso provenienti; che l'ingegnere F., incaricato dall'assemblea condominiale, aveva ripartito le spese occorse per i lavori in misura di un terzo a carico dei proprietari del terrazzo e di due terzi a carico dei condomini della verticale da esso coperta, P.P. e C.A., N.G. e M.; che l'impresa P. aveva sollecitato ai condomini il pagamento del proprio corrispettivo, non avendovi adempiuto l'amministratore; che al pagamento all'impresa aveva infine provveduto la stessa T.F., versando la somma di Euro 5.526,00; che soltanto i condomini P.P. e C.A. non avevano poi rimborsato all'attrice la rispettiva quota loro spettante pari ad Euro 921,07.

A seguito della notifica del decreto ingiuntivo del Giudice di Pace di Napoli, P.P. e C.A., pur pagando la somma ingiunta, proponevano opposizione, contestando le ragioni poste a fondamento della richiesta di D.I., rilevando che il riparto delle spese tra i condomini fosse errato e che comunque non fosse mai stato ratificato dall'assemblea condominiale. Gli opponenti perciò proponevano domanda riconvenzionale per chiedere la restituzione di quanto corrisposto alla T. in forza del decreto ingiuntivo, nonché il risarcimento dei danni per lite temeraria.

Il Giudice di Pace di Napoli, revocato il decreto ingiuntivo opposto, condannava T.F. a restituire agli opponenti la somma da essi versata, oltre interessi decorrenti dal 3 marzo 2015. Il Giudice di Pace qualificava la domanda dell'attrice ai sensi dell'art. 1110 c.c. , ritenendo che non ricorressero i presupposti per l'applicazione della norma citata.

Avverso la suddetta sentenza proponeva appello T.F., in particolare lamentando che il Giudice di Pace non aveva riconosciuto il suo diritto di surroga ai sensi dell'art. 1203 c.c. ,

né comunque il diritto di chiedere il rimborso pro quota di quanto anticipato per i condomini appellati, ai sensi dell'art. 1110 c.c.

Si costituivano P.P. e C.A., che chiedevano il rigetto dell' impugnazione.

Il Tribunale di Napoli, con la sentenza n. 6475/2011 del 25.05.2011, rigettava l'appello proposto da T.F., compensando interamente le spese del secondo grado di giudizio. A sostegno di questa decisione il Giudice di appello riteneva, seppure con motivazione diversa da quella esposta dal Giudice di Pace, che nel caso di specie non potesse trovare applicazione l'art. 1110 c.c. (e neppure l'art. 1134 c.c.), in quanto i lavori urgenti per la riparazione del terrazzo erano stati commissionati all'impresa edile dal Condominio, nella persona dell'amministratore dell'epoca, che aveva anche designato il tecnico che avrebbe dovuto redigere la D.I.A. La T. non aveva, perciò, preso l'iniziativa di appaltare i lavori di manutenzione della cosa comune a causa della trascuratezza degli altri partecipanti alla comunione o per ragioni di urgenza nell'effettuare le riparazioni, ma si era soltanto limitata al pagamento in favore dell'impresa creditrice dell' intero corrispettivo da questa preteso, per poi agire in via di regresso nei confronti dei condebitori che non le avevano spontaneamente versato la rispettiva quota. In conclusione. Il Tribunale affermava che nella fattispecie vi era soltanto spazio per un'azione di ripetizione nei confronti dell'impresa ai sensi dell'art. 2036 c.c. , oppure per un'azione di ingiustificato arricchimento nei confronti degli appellanti.

Avverso la sentenza del Tribunale di Napoli T.F. ha proposto ricorso per cassazione, formulando due motivi. Gli intimati P.P. e C.A. non hanno svolto attività difensiva.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo la ricorrente deduce che la sentenza impugnata sarebbe incorsa in *error in procedendo*, censurabile ex art. 360 c.p.c. , n. 4, dato che il giudice di appello, pur rilevando in limine la formazione del giudicato in ordine alla qualificazione giuridica della domanda, inquadrata ai sensi dell'art. 1110 c.c., si è poi diffuso nella disamina di tale inquadramento, ritenendolo infondato. Sempre nell'ambito degli errores in procedendo, eccepisce che il Tribunale di Napoli avrebbe omesso ogni valutazione in ordine alla pertinenza e rilevanza della prova per testi e documenti offerta dall'odierna ricorrente e disattesa senza alcun provvedimento ad hoc dal giudice di merito.

2. Con il secondo motivo la ricorrente eccepisce che la sentenza impugnata sarebbe altresì afflitta da gravi *errores in iudicando*, non avendo tenuto conto che l'art. 1139 c.c., rinvia alle norme in materia di comunione, laddove non vi sia un'apposita disciplina codicistica dettata per il condominio, e che in ogni caso l'art. 1134 c.c., non poteva trovare applicazione al caso in esame, poiché esso riguarda il rimborso delle spese effettuate dal condomino per le parti comuni dell'edificio, mentre, nella specie, il terrazzo di copertura era pacificamente di

proprietà della T. Da qui l'esigenza di applicare la disciplina dell'art. 1110 c.c., al caso di specie.

3. I motivi di ricorso, che possono essere affrontati unitariamente per la loro connessione, sono manifestamente infondati.

Il Tribunale di Napoli ha evidenziato come il Giudice di pace avesse qualificato la pretesa della T. come azione ex art. 1110 c.c., negandone i presupposti, e che l'appellante avesse poi sostenuto di aver agito non solo ai sensi dell'art. 1110, ma anche ai sensi dell'art. 1203 c.c. Il giudice d'appello ha premesso di condividere una diversa qualificazione della domanda di prime cure, come basata soltanto sull'art. 1203 c.c., pur prendendo atto dalla mancata impugnazione della qualificazione in termini di pretesa di rimborso di spese avanzata da un partecipante alla comunione; ha, quindi, esaminato la fondatezza della domanda di ripetizione oggetto del decreto ingiuntivo sia agli effetti dell'art. 1110 c.c. , che dell'art. 1203 c.c. , negando la configurabilità di entrambe le fattispecie, e perciò confermando, sia pure in base e diversa motivazione, la decisione del Giudice di Pace.

Ora, a proposito del primo motivo d'appello, è certo che il potere dovere del giudice di qualificazione della domanda nei gradi successivi al primo va Coordinato con i principi propri del sistema delle impugnazioni, sicché deve ritenersi precluso al giudice dell'appello di mutare d'ufficio - violando il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunziato - la qualificazione ritenuta dal primo giudice in mancanza di gravame sul punto ed in presenza, quindi, del giudicato formatosi su tale qualificazione. Tuttavia, la preclusione da giudicato per omessa impugnazione della qualificazione della domanda proposta non implica, ovviamente, la fondatezza nel merito della domanda stessa. La prima censura è quindi priva di rilievo, giacché il Tribunale di Napoli non ha sovvertito la qualificazione della domanda operata dal Giudice di pace, ma ha negato la fondatezza della stessa sotto l'indicato profilo ex art. 1110 c.c., nonché sotto il concorrente profilo della surrogazione legale, profilo quest'ultimo devoluto al giudice d'appello proprio da specifico motivo in tal senso proposto dall'appellante T.

Nel caso in esame, secondo quando dato per accertato dal Tribunale di Napoli, si ha riguardo ad obbligazione per l'esecuzione dei lavori di rifacimento del solaio di un lastrico solare di proprietà esclusiva assunta dall'amministratore del condominio, o comunque, nell'interesse del condominio, nei confronti dell'appaltatore. Come insegnato da Cass. Sez. U, Sentenza n. 9148 del 08/04/2008 (con principio che va integralmente confermato, non trovando qui applicazione, ratione temporis, neppure il meccanismo di garanzia ex art. 63 disp. att. c.c. , comma 2, introdotto dalla legge 11 dicembre 2012, n. 220), in difetto di un'espressa previsione normativa che stabilisca il principio della solidarietà, la responsabilità per il corrispettivo contrattuale preteso dall'appaltatore, incombente su chi abbia l'uso esclusivo del lastrico e sui condomini della parte dell'edificio cui il lastrico serve, è retta dal criterio della parziarietà, per cui l'obbligazione assunta nell'interesse del condominio si imputa ai

singoli componenti nelle proporzioni stabilite dall'art. 1126 c.c., essendo tale norma non limitata a regolare il mero aspetto interno della ripartizione delle spese.
Dovendosi negare che l'obbligo di contribuzione alle spese di rifacimento del terrazzo di copertura si connotasse verso l'appaltatore, terzo creditore, come rapporto unico con più debitori, ovvero come obbligazione solidale per l'intero in senso proprio e quindi ad interesse comune, alla T., quale condomina (in particolare, titolare della proprietà esclusiva del terrazzo) che aveva adempiuto nelle mani dell'appaltatore al pagamento dell'intero prezzo dei lavori, non poteva accordarsi un diritto di regresso nei confronti degli altri condomini, sia pur limitatamente alla quota millesimale dovuta da ciascuno di essi, ex art. 1299 c.c. Il regresso, che ha per oggetto il rimborso di quanto sia stato pagato a titolo di capitale, interessi e spese, consiste in un diritto che sorge per la prima volta in capo al condebitore adempiente sulla base del c.d. aspetto interno dell'obbligazione plurisoggettiva. Né, smentito il debito solidale dei condomini, al condomino che abbia versato al terzo creditore anche la parte dovuta dai restanti condomini, allo scopo di ottenere da costoro il rimborso di quanto da lui corrisposto, può consentirsi di avvalersi della surrogazione legale in forza dell'art. 1203 c.c., n. 3, giacché essa - implicando il subentrare del condebitore adempiente nell'originario diritto del creditore soddisfatto in forza di una vicenda successoria - ha luogo a vantaggio di colui che, essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse a soddisfarlo. Dunque, il pagamento da parte della condomina T. delle quote del corrispettivo d'appalto dei lavori di rifacimento del terrazzo a livello dovute dai restanti condomini poteva al più legittimare la stessa ad agire, come pure prospetta il Tribunale, per ottenere l'indennizzo da ingiustificato arricchimento, stante il vantaggio economico ricevuto dagli altri condomini (cfr. Cass. Sez. U, Sentenza n. 9946 del 29/04/2009).

Correttamente, poi, il Tribunale ha negato l'applicabilità nel caso in esame tanto dell'art. 1110, che dell'art. 1134 c.c. Queste due norme recano, invero, una diversa disciplina in materia di rimborso delle spese sostenute dal partecipante per la conservazione della cosa comune, rispettivamente, nella comunione e nel condominio di edifici, disciplina che condiziona il relativo diritto, in un caso, a mera trascuranza degli altri partecipanti e, nell'altro caso, al diverso e più stringente presupposto dell'urgenza. Il Tribunale di Napoli ha osservato come i lavori di rifacimento del terrazzo fossero stati comunque commissionati dall'amministrazione condominiale, e non derivassero, quindi, da iniziative di gestione prese dal singolo partecipante. D'altro canto, si ha riguardo, nella specie, a spese non inerenti una cosa comune (come postulato dagli artt. 1110 e 1134 c.c.), quanto un lastrico o terrazzo di proprietà esclusiva, sicchè il dovere di contribuire ai costi di manutenzione rinviene la sua ragione, ex art. 1126 c.c. , nell'utilità che i condomini sottostanti traggono dal bene.

Viola, infine, l'art. 366 c.p.c. , comma 1, n. 6, la censura della mancata considerazione delle prova per testi e per documenti richiesta, in quanto il ricorrente che, in sede di legittimità, denunci la mancata ammissione di una prova testimoniale o documentale, ha l'onere di indicare specificamente le circostanze che formavano oggetto della prova o il contenuto del documento, al fine di consentire il controllo sulla decisività dei fatti da provare in ordine al-

la risoluzione della controversia e sulle prove stesse, in quanto la Corte di Cassazione deve essere in grado di compiere tale verifica sulla base delle sole deduzioni contenute nel ricorso, alle cui lacune non è consentito sopperire con indagini integrative.

Consegue il rigetto del ricorso. Non deve provvedersi alla regolazione delle spese del giudizio di cassazione, non avendo gli intimati svolto attività difensiva.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.
Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Seconda Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 29 settembre 2016.
Depositato in Cancelleria il 9 gennaio 2017.

RESPONSABILITÀ MEDICA

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. III, 10 GENNAIO 2017, N. 243

In tema di responsabilità medica, qualora risulti che un ginecologo, al quale una gestante si sia rivolta per accertamenti sull'andamento della gravidanza e sulle condizioni del feto, abbia omesso di prescrivere l'amniocentesi, esame che avrebbe evidenziato la peculiare condizione dello stesso ("sindrome di down"), la mera circostanza che, due mesi dopo quella prestazione, la gestante abbia rifiutato di sottoporsi ad ulteriori accertamenti prenatali non elide l'efficacia causale dell'inadempimento del medico quanto alla perdita della "chance" di conoscere lo stato del feto sin dal momento in cui quell'inadempimento si è verificato; conseguentemente, ove la gestante lamenti di aver subito un danno alla salute psico-fisica, per aver scoperto la condizione del figlio solo al termine della gravidanza, la perdita di quella "chance" deve essere considerata parte del danno ascrivibile all'inadempimento del medico.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati: Dott. CHIARINI Maria Margherita - Presidente - Dott. FRASCA Raffaele - rel. Consigliere - Dott. SCARANO Luigi Alessandro - Consigliere - Dott. GRAZIOSI Chiara - Consigliere - Dott. ROSSETTI Marco - Consigliere - ha pronunciato la seguente: SENTENZA sul ricorso 7009/2014 proposto da: B.V., M.R., B.A., B.F., elettivamente domiciliati in ROMA, VIA ATTILIO REGOLO 12/D, presso lo studio dell'avvocato MARCO LANZILAO, rappresentati e difesi dall'avvocato SALVATORE CARAGLIANO giusta procura speciale a margine del ricorso; - ricorrenti - contro L.F.F., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA SALARIA 292, presso lo studio dell'avvocato PAOLA BARTOLINI, rappresentato e difeso dall'avvocato SILVESTRO VITALE giusta procura speciale a margine del controricorso; ZURICH INSURANCE PUBLIC LIMITED COMPANY SA, in persona del suo procuratore G.P., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA AURELIANA 2, presso lo studio dell'avvocato ELETTRA BRUNO, rappresentata e difesa dall'avvocato SANTO SPAGNOLO giusta procura speciale a margine del controricorso; - controricorrenti - avverso la sentenza n. 255/2013 della CORTE D'APPELLO di CATANIA, depositata il 06/02/2013; udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 13/10/2016 dal Consigliere Dott. RAFFAELE FRASCA; udito l'Avvocato SALVATORE CARAGLIANO; udito l'Avvocato SILVESTRO VITALE; udito l'Avvocato MARCO ANNECCHINO per delega; udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. DE AUGUSTINIS Umberto, che ha concluso per l'inammissibilità in subordine per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

p.1. B.V., M.R., B.A. e B.F. hanno proposto ricorso per cassazione contro la sentenza del 6 febbraio 2013, con cui la Corte d'Appello di Catania ha rigettato l'appello da essi ricorrenti proposto contro la sentenza del dicembre 2006, con la quale il Tribunale di Catania aveva rigettato la domanda, proposta contro il dottor L.F.F. nel novembre del 2001 da B.V. e dalla M., in proprio e nella qualità di esercenti la potestà sui figli allora minorenni A. e F., per ottenere il risarcimento dei danni asseritamente subiti in conseguenza del comportamento tenuto dal medico in occasione della gravidanza della M., conclusasi con la nascita di un terzo figlio affetto da sindrome di Down.
p.2. Al ricorso hanno resistito con separati controricorsi il L.F. e la Zurich Insurance Public Limited Company S.A. (già Zurigo Assicurazioni), che era stata chiamata in garanzia in primo grado dal L.F.. p.3. I ricorrenti hanno depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

p.1. Con il primo motivo si denuncia "violazione e falsa applicazione degli artt. 1176 e 1218 c.c., L. n. 833 del 1978, art. 2, artt. 2 e 32 Cost. - Omesso esame su fatti decisivi della controversia - Riferimento art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5".
Il motivo esordisce con il ricordare che la corte etnea avrebbe riconosciuto l'obbligo di informazione gravante sul medico ed "il correlato diritto della M., rectius della famiglia M." e, quindi, evidentemente alludendo alla motivazione che si vorrebbe criticare - osserva che essa, al rigo 21 della pagina 5, avrebbe aggiunto che il L.F. "comunque non ha mai fornito la prova del proprio adempimento, pur essendovi tenuto", ancorchè "tuttavia quell'obbligo informativo" fosse "strumentalmente preordinato non tanto all'esercizio di una procreazione consapevole, sibbene alla possibilità di praticare l'interruzione della gravidanza", per poi affermare che la domanda non poteva essere accolta in quanto gli appellanti avevano dedotto "quale unica conseguenza lesiva... la violazione dell'obbligo informativo del sanitario".
Dopo avere così individuato la motivazione che si intende sottopone a critica, nella successiva illustrazione si argomenta che gli attori non avevano "limitato la loro pretesa risarcitoria alla violazione dell'obbligo informativo del medico", adducendosi che era "stata lamentata sin dal primo grado (...) la lesione del diritto di sapere che ha precluso di scegliere consapevolmente se abortire o no".
Immediatamente dopo si asserisce che "frana dunque il teorema della Corte che assolve il medico con il mero aforisma del: ... siccome tu non avresti comunque abortito, poco importa se io non ti ho informata...".
La domanda avrebbe dovuto, invece, essere accolta sulla base della "logica equazione: mancata informazione tempestiva uguale impossibilità di scegliere se abortire oppure no".
p.1.1. Il motivo è inammissibile.
Rileva il Collegio che, all'esito della lettura dell'illustrazione del motivo, emerge un'evidente carenza di precisa individuazione della motivazione della sentenza impugnata che si vorrebbe criticare ed anzi una palese contraddizione fra il modo in cui ad essa ci si riferisce in

limine dell'illustrazione (con la riproduzione delle due brevi espressioni sopra riprodotte) e il modo in cui ad essa ci si riferisce in chiusura della stessa illustrazione.
Nel primo caso si imputa alla sentenza d'appello di avere asserito che l'obbligo informativo del medico era finalizzato non all'esercizio di una procreazione consapevole, ma alla possibilità di praticare l'interruzione di gravidanza. Nel secondo si imputa alla Corte di merito di avere ritenuto che la mancanza di informazione sarebbe stata irrilevante perchè in ogni caso la M. non avrebbe abortito.
Il motivo, dunque, rivela un'intrinseca contraddizione nella necessaria attività di individuazione della motivazione criticata.
p.1.2. Peraltro, se si passa ad esaminare la sentenza impugnata, emerge che la prima delle brevissime frasi indicate nella prima parte dell'illustrazione del motivo è stata enunciata dalla Corte territoriale fra parentesi, dopo l'articolazione di una prima motivazione, imperniata in primo luogo sull'asserto che la pretesa risarcitoria derivante dalla lamentata violazione dell'obbligo informativo, "quantomeno così come espressa nell'atto di appello", non era "mai stata ricondotta alla impossibilità, da parte della gestante, di far luogo alla interruzione dalla gravidanza, ma piuttosto unicamente al fatto di non aver potuto proseguire la gestazione con la consapevolezza di avere in grembo un feto affetto da sindrome di Down", di modo che "nel caso in esame l'unica conseguenza lesiva che viene ricondotta alla violazione dell'obbligo informativo del sanitario" era "rappresentata unicamente dall'aver subito la M. al momento della nascita l'effetto "sorpresa" dal quale poi sarebbero scaturiti i dichiarati effetti dannosi alla di lei salute psico-fisica (nevrosi ansioso depressiva)". Dopo di che la Corte di merito ha escluso la responsabilità del medico adducendo che, poichè in atti era dimostrato un rifiuto della M. di sottoporsi all'amniocentesi, quel comportamento escludeva che potesse sul piano causale attribuirsi una qualche rilevanza riguardo al lamentato danno al comportamento del medico, pur inadempiente (in quanto non aveva fornito la prova del proprio adempimento: è qui che trovasi inserita l'espressione richiamata nel motivo), di modo che era corretta la valutazione in tal senso della sentenza di primo grado.
p.1.3. Ebbene, una volta letta la motivazione della sentenza impugnata, emerge in modo manifesto innanzitutto che la seconda frase riportata dall'illustrazione del motivo con intermezzo di puntini sospensivi altera, proprio tramite di essi, quanto la sentenza ha affermato.
In secondo luogo e comunque che la contraddittoria illustrazione del motivo non si correla affatto ad essa.
Ne deriva che il motivo di violazione di norme di diritto, al di là della già segnalata contraddittoria enunciazione, è per tale ragione inammissibile, in quanto la censura in iure sopra riferita si rivela non rivolta contro l'effettiva motivazione della sentenza impugnata.
L'illustrazione del motivo non contiene, poi, affatto l'indicazione di un fatto di cui sia stato omesso l'esame ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5 e semmai evoca circostanze di fatto senza fornire l'indicazione specifica ai sensi dell'art. 366 c.p.c., n. 6.
p.2. Con il secondo motivo si denuncia "violazione e falsa applicazione degli artt. 2727 e 2729 c.c. - Omesso esame su fatto decisivo della controversia - Riferimento art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5".

Vi si censura la motivazione con cui la Corte territoriale ha ritenuto che il rifiuto della M. di sottoporsi ad amniocentesi in occasione del controllo presso l'Ospedale (OMISSIS) sarebbe stato un comportamento della medesima idoneo ad elidere ogni efficienza causale del comportamento inadempiente del L.F. rispetto al danno che la stessa Corte ha ritenuto di individuare come oggetto della domanda per come limitata in appello.
L'illustrazione procede, dopo avere fatto richiamo a Cass. n. 7269 del 2013, particolarmente quanto all'affermazione, svolta in motivazione e pertinente rispetto alla decisione di merito allora impugnata, che "il rifiuto di sottoporsi ad amniocentesi, per i rischi ad essa connessi, è indice estremamente ambiguo, allorchè venga espresso in un contesto diagnostico non allarmante, di talchè la percezione del pericolo di danneggiare inutilmente un feto sano è ragionevolmente più forte del timore di mettere al mondo un bimbo gravemente malato", con l'asserto che nella specie non si è tenuto in alcun conto che il rifiuto della M. era stato diretta conseguenza delle rassicurazioni ottenute dal L.F. due mesi prima, di modo che esse avevano fatto sì che la M., rassicurata sulla buona salute del bimbo, recepisse con "preoccupata, comprensibile diffidenza l'analisi propostale da medici diversi dal suo ginecologo".
A questa prospettazione, peraltro, seguono argomentazioni che lamentano l'erroneità di tale valutazione, adducendo che con essa la sentenza impugnata avrebbe ritenuto che la M., se anche informata a suo tempo dal L.F., in ogni caso avrebbe rinunciato alla scelta di abortire. Si critica, cioè, la sentenza impugnata come se avesse desunto dal rifiuto della M. di sottoporsi a novembre all'amniocentesi, la conclusione che la stessa non avrebbe scelto di abortire ove, una volta sottopostasi all'esame, avesse avuto contezza della sindrome poi rivelatasi presente nel figlio e, quindi, l'ulteriore inferenza che, ove il L.F. due mesi prima le avesse consigliato quello stesso accertamento, parimenti essa, una volta conosciutone l'esito, non avrebbe interrotto la gravidanza.
p.2.1. Queste argomentazioni non considerano l'effettiva motivazione della sentenza impugnata, la quale, come s'è veduto esaminando il primo motivo, ha espressamente affermato che i ricorrenti in appello avevano concentrato la domanda risarcitoria individuando il danno c.d. conseguenza sofferto dalla M. nell'effetto di "sorpresa" delle condizioni del figlio, dal che sarebbe scaturito il danno alla sua salute psico-fisica, cioè una nevrosi ansiosa depressiva.
Il motivo, peraltro, là dove, dopo avere svolto l'erronea supposizione di cui si è detto, sostiene che l'affermazione della sentenza impugnata circa l'interruzione del nesso causale riferito al danno così individuato da parte del rifiuto a sottoporsi all'amniocentesi sarebbe stata contraria all'art. 2727 c.c., in quanto l'applicazione di tale norma avrebbe giustificato che dal dato - che si dice pacifico - dell'insorgenza all'esito della gravidanza della nevrosi ansioso-depressiva, dovesse desumersi che analoga patologia si sarebbe manifestata nella M. se avesse conosciuto le condizioni del feto, ove il L.F. le avesse prescritto l'amniocentesi a settembre del 1999 e vi si fosse sottoposta.
Tuttavia, subito dopo tale asserto si torna a postulare che il comportamento del L.F. e, quindi, il deficit di informazione da lui provocato, avrebbe cagionato come danno la perdita della scelta di decidere se interrompere la gravidanza.

p.2.2. Il motivo, nonostante la confusione ingenerata dall'erroneo riferimento al danno rispetto al quale la Corte avrebbe ritenuto l'efficacia interruttiva sul piano del nesso causale del rifiuto della M. di sottoporsi all'amniocentesi rispetto al comportamento del medico, si presta ad essere inteso come motivo che investe la correttezza in iure della premessa che ha portato la Corte territoriale ad affermare quell'efficacia e come tale dev'essere scrutinato.
Il motivo dev'essere esaminato nell'esercizio dei poteri di questa Corte di attribuire alla censura in iure l'esatto significato che essa riveste in relazione al diritto oggettivo e con riferimento alla motivazione impugnata.
Detti poteri si debbono esercitare, al di là della correttezza dei ragionamenti svolti dal ricorrente, per sorreggere la censura in iure, essendo compito della Corte di Cassazione, una volta dedotto un motivo di violazione di norma di diritto, considerarlo al di là di detta correttezza, cioè dando rilievo alla questione di diritto che esso pone sulla base dell'esatto inquadramento nel tessuto normativo, che la Corte conosce in applicazione del principio *iura novit curia.*
p.2.3. Il motivo, stante l'evocazione della violazione degli artt. 2727 e 2729 c.c., prospetta come sostanza della censura che erroneamente la corte territoriale avrebbe inferito che il nesso causale fra il comportamento del medico, che la stessa Corte ha qualificato come di inadempimento, e l'evento dannoso (pur, come s'è veduto, erroneamente individuato) sia stato interrotto dal comportamento tenuto dalla M. nel (OMISSIS), allorquando la stessa si rifiutò di sottoporsi all'amniocentesi. Tale rifiuto, secondo la corte siciliana, avrebbe assunto efficacia causale esclusiva del danno, cioè, per il tramite dell'effetto di "sorpresa" circa la condizione del figlio verificatosi al momento della nascita, della determinazione delle conseguenze sulla salute psico-fisica della M..
Ora, la corte di merito non ha giustificato il suo ragionamento facendo riferimento alle norme degli artt. 2727 e 2729 c.c., evocate nell'intestazione del motivo, ma ha, facendo riferimento al concetto di interruzione del nesso causale, fatto applicazione del criterio di causalità, che nel nostro ordinamento civile non ha un preciso referente normativo, se non in quello di consequenzialità immediata e diretta di cui all'art. 1223 c.c., il quale, com'è noto, induce e giustifica l'applicazione delle regole di causalità dettate dal codice penale negli artt. 40 e 41. Sostanzialmente il ragionamento della corte territoriale si è risolto nella surrettizia applicazione dell'art. 41, comma 2, poiché ha attribuito al rifiuto, quale fatto sopravvenuto all'inadempimento del L.F., efficacia causale esclusiva nella determinazione della sorpresa causativa del danno alla M..
Il motivo, dunque, avrebbe dovuto evocare la violazione dell'art. 41 c.p., comma 2.
Alla stregua di Cass. sez. un. n. 17931 del 2013 ciò di cui il ricorso si duole con il motivo in esame, pur nella confusione circa l'individuazione del danno che sopra è stata riferita, consente, però, di intendere l'esatto parametro normativo della cui sostanziale erronea applicazione si duole.
Ebbene l'applicazione implicita dell'art. 41 c.p.c., comma 2, che è stata fatta dalla sentenza impugnata, risulta erronea, una volta assunti i criteri di individuazione della causa sopravvenuta di per sé sola sufficiente a determinare l'evento dannoso e ad elidere l'efficacia causale del comportamento del soggetto inadempiente.

Occorre tenere conto della particolarità della fattispecie ed in particolare del fatto che, per effetto dell'inadempimento, pacificamente riconosciuto addebitabile al L.F. con affermazione della sentenza impugnata su cui si è formata cosa giudicata e che avrebbe dovuto essere impugnata, sia pure con ricorso incidentale condizionato, dai resistenti, la situazione della M., là dove non gli fu prescritto o almeno consigliato di sottoporsi all'amniocentesi, si connotò, fino al momento in cui venne fatta successivamente la prescrizione dell'accertamento due mesi dopo, come situazione che metteva la M. nella condizione di confidare che la gravidanza era regolare.
Nel momento in cui l'amniocentesi le venne invece prescritta oltre cinque mesi dopo la gravidanza, la situazione della M. non era quella che era stata al momento dell'inadempimento del L.F.. Allora era situazione di incertezza, per la cui soluzione si era affidata al medico e, successivamente allo svolgimento della prestazione del medico essa si trasformò in situazione di affidamento e certezza per effetto del risultato di quella prestazione. Ne segue che, al momento del rifiuto di sottoporsi all'amniocentesi due mesi dopo, tale rassicurazione la decisione della M. e, quindi, il comportamento cui si è attribuito efficacia causale esclusiva, ebbe luogo in una situazione e condizione diversa, nella quale da un lato vi era l'affidamento nell'operato del L.F. e dall'altro vi era la prescrizione dell'Ospedale. Non solo: la gravidanza era giunta ormai ad uno stato più avanzato di ben due mesi e, sebbene il diritto di scelta sul se continuare la gravidanza comunque si collocasse, come all'epoca della prestazione del L.F., al di là del periodo che consente alla gestante di scegliere di abortire liberamente, era mutato il bene coinvolto dalla scelta, atteso che il feto ormai aveva due mesi in più. L'essere stata posta la M. in una condizione di scelta sul se proseguire la gravidanza o interromperla con due mesi in più di durata della stessa ed il dovere esercitare la scelta ponendo a raffronto, nei termini in cui un paziente può farlo, il risultato della prestazione del L.F. e quello della prescrizione dell'Ospedale, non consente di attribuire alla sua scelta, indirizzatasi con il rifiuto della seconda, l'efficacia di causa esclusiva oltre che della prosecuzione della gravidanza soprattutto dell'effetto della sorpresa poi verificatasi all'atto della nascita, quale evento dannoso che avrebbe avuto la conseguenza di ledere la sua integrità psico-fisica.
Essendo avvenuta la scelta di rifiutare anche sulla base e, quindi, con il condizionamento del risultato dell'inadempimento della prestazione del medico non si può ritenere in astratto cioè utilizzando il criterio dell'*id quod plerumque accidit* quando taluno prima si rivolge ad un medico di fiducia e confida nella sua diagnosi e poi, da parte di una struttura ospedaliera, ha una diagnosi diversa e si deve determinare - che il risultato della prestazione del L.F., cioè il suo inadempimento, sia di per sé divenuto privo di ogni efficienza causale. Poichè esso, sempre in astratto, ha condizionato la scelta di rifiutare la prescrizione della struttura, l'affermazione della corte di merito nel senso di attribuire alla scelta stessa un'efficacia causale sopravvenuta esclusiva non è corretta. Non è corretto cioè dire che, poichè la M. ha rifiutato l'amniocentesi a (OMISSIS), è solo tale rifiuto che ha cagionato la sorpresa dell'esito della gravidanza. L'efficacia causale esclusiva del rifiuto postulava il concreto accertamento che esso non dipendesse anche solo parzialmente dal fatto di confidare nella diagnosi del L.F ..

Il che postulava il concreto accertamento delle modalità e del contesto in cui il rifiuto era avvenuto, naturalmente sulla base delle richieste istruttorie formulate dalle parti, se ammissibili, e naturalmente
se il giudice d'appello ne era stato investito eventualmente anche con critica delle valutazioni espresse dal primo giudice.
p.2.4. D'altro canto, il ragionamento della Corte di merito risulta erroneo anche per un'ulteriore autonoma ragione: invero, la cattiva esecuzione della sua prestazione da parte del L.F. ha in ogni caso precluso alla M. la possibilità di conoscere lo stato del feto fin dal momento in cui si rivolse al medesimo. Su tale preclusione il successivo rifiuto dell'amniocentesi non ha potuto dispiegare alcuna efficacia causale esclusiva sopravvenuta per l'assorbente ragione che la perdita della chance di conoscere lo stato di gravidanza e, quindi, di abituarsi alla condizione del nascituro fin da quel momento, si era ormai definitivamente verificata quando nel (OMISSIS) ebbe luogo il rifiuto.
Né può interpretarsi il rifiuto come una sorta di rinuncia tacita a dolersi della perdita della detta chance. Il rifiuto si risolse solo nella perdita - peraltro astrattamente imputabile anche all'inadempimento - della possibilità di conoscere lo stato del feto a partire dal momento in cui venne espresso. Sotto questo secondo aspetto si configura certamente un'efficacia causale dell'inadempimento per quella parte del danno che si individui come determinata dalla perdita della chance di conoscere lo stato del feto ben prima dell'esito della gravidanza.
Le svolte considerazioni comportano l'accoglimento del motivo e la cassazione della sentenza impugnata.
La Corte di merito provvederà ad una nuova decisione applicando i seguenti principi di diritto, che intendono esprimere - secondo il modo delle c.d. massime di specie - il modo in cui la fattispecie concreta avrebbe dovuto essere sussunta sotto le regole giuridiche del rapporto causale:
a) "qualora risulti che un medico ginecologo, cui fiduciariamente una gestante si sia rivolta per accertamenti sulle condizioni della gravidanza e del feto, non abbia adempiuto correttamente la prestazione, per non avere prescritto l'amniocentesi ed all'esito della gravidanza il feto nasca con una sindrome che quell'accertamento avrebbe potuto svelare, la mera circostanza che due mesi dopo quella prestazione la gestante abbia rifiutato di sottoporsi all'amniocentesi presso una struttura ospedaliera in occasione di ulteriori controlli, non può dal giudice di merito essere considerata automaticamente come causa efficiente esclusiva, sopravenuta all'inadempimento, riguardo al danno alla propria salute psico-fisica che la gestante lamenti per avere avuto la "sorpresa" della condizione patologica del figlio all'esito della gravidanza, occorrendo all'uopo invece accertare in concreto che sul rifiuto non abbia influito il convincimento ingenerato nella gestante dalla prestazione erroneamente eseguita";
b) "qualora risulti che un medico specialista in ginecologia, cui una gestante si sia rivolta per accertamenti sulle condizioni della gravidanza e del feto, non abbia adempiuto correttamente la prestazione per non avere prescritto l'amniocentesi ed all'esito della gravidanza il feto nasca con una sindrome che quell'accertamento avrebbe potuto svelare, la mera circostanza che, due mesi dopo quella prestazione, la gestante abbia rifiutato di sottoporsi all'amniocen-

tesi, non elide l'efficacia causale dell'inadempimento quanto alla perdita della chance di conoscere lo stato della gravidanza fin dal momento in cui si è verificato e, conseguentemente, ove la gestante lamenti di avere subito un danno alla salute psico-fisica, per avere avuto la sorpresa della condizione patologica del figlio solo al termine della gravidanza, la perdita di quella chance dev'essere considerata un parte di quel danno ascrivibile all'inadempimento del medico".

p.3. Il terzo motivo lamenta che non si sia dato sfogo alle prove ritenute inammissibili dal primo giudice ed alla richiesta di c.t.u..

Non essendosi la Corte territoriale pronunciata riguardo alla loro ammissibilità e, quindi, sulla doglianza rispetto all'operato di quel giudice, esso resta assorbito.

Il giudice di rinvio dovrà pronunciarsi al riguardo ai fini dello svolgimento del giudizio di rinvio. p.4. Il quarto motivo è inammissibile alla stregua di Cass. sez. un. n. 3840 del 2007.

Invero, la corte territoriale, una volta individuata - a torto o a ragione - la domanda per come devolutale dall'appello esclusivamente nella postulazione di un danno psico-fisico cagionato all'avere la M. avuto la "sorpresa" dello stato morboso del nuovo nato, non aveva *potestas iudicandi* sulla domanda intesa come relativa al danno da perdita della possibilità di scegliere di interrompere la gravidanza.

D'altro canto, i ricorrenti non hanno svolto alcun motivo di impugnazione contro l'affermazione della sentenza impugnata circa il tenore della domanda devoluta in appello. Per discutere delle questioni poste dal motivo sarebbe stato necessario formulare un motivo di impugnazione.

p.5. Il quinto ed il sesto motivo pongono questioni che dovranno prospettarsi al giudice di rinvio, non essendo state decise dalla sentenza impugnata, in ragione della soluzione data all'appello.

p.6. Rimane assorbito anche il settimo motivo, concernente la statuizione sulle spese, che resta caducata, in conseguenza della cassazione della sentenza impugnata.

p.7. Conclusivamente la sentenza è cassata in relazione al secondo motivo. Il giudice di rinvio, che si designa in altra sezione della Corte d'Appello di Catania, comunque in diversa composizione, provvederà al regolamento delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il primo motivo. Accoglie il secondo motivo. Dichiara assorbito il terzo ed inammissibili il quarto, il quinto ed il sesto motivo. Dichiara assorbito il settimo motivo.

Cassa la sentenza in relazione al motivo accolto e rinvia ad altra sezione della Corte d'Appello di Catania, comunque in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di cassazione. Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Terza Sezione Civile, il 13 ottobre 2016.

Depositato in Cancelleria il 10 gennaio 2017.

PARTO ANONIMO - ADOZIONE - DANNI IN MATERIA CIVILE E PENALE

CASS. CIV., SEZ. UN., 25 GENNAIO 2017, N. 1946

In tema di parto anonimo, per effetto della sentenza delle Corte costituzionale n. 278 del 2013, ancorchè il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte stessa, idonee ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità della donna, fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorchè la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato	- Primo Presidente f.f.-
Dott. SCHIRO' Stefano	- Presidente di Sez. -
Dott. AMOROSO Giovanni	- Presidente di Sez. -
Dott. DIDONE Antonio	- Presidente di Sez. -
Dott. DI IASI Camilla	- Presidente di Sez. -
Dott. PETITTI Stefano	- Presidente di Sez. -
Dott. RAGONESI Vittorio	- Consigliere -
Dott. D'ANTONIO Enrica	- Consigliere -
Dott. GIUSTI Alberto	- rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 7475/2016 proposto da:
PROCURATORE GENERALE PRESSO LA CORTE DI CASSAZIONE; - ricorrente in relazione al decreto della Corte d'appello di Milano in data 10 marzo 2015 (R.G. 649-2014 V.G.);udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 20 dicembre 2016 dal Consigliere Alberto Giusti; udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato generale Dott. FUZIO Riccardo.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. - Il Procuratore generale presso la Corte di cassazione, con atto in data 30 marzo 2016, ha chiesto a questa Corte, ai sensi dell'art. 363 c.p.c. , comma 1, l'enunciazione nell'interesse della legge del principio di diritto al quale la Corte d'appello di Milano, sezione delle persone, dei minori e della famiglia, avrebbe dovuto attenersi nel decidere, con il decreto in data 10 marzo 2015, il reclamo proposto dal figlio maggiorenne nato da parto anonimo, il quale aveva fatto istanza al giudice di verificare, attraverso un interpello riservato, la persistenza della volontà della madre di non essere nominata.
2. - La richiesta scaturisce da una nota del Presidente dell'Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e per la famiglia che ha sottoposto alla valutazione dell'Ufficio del pubblico ministero presso la Corte di cassazione il contrasto esistente nella giurisprudenza di merito in materia di parto anonimo e ricerca delle proprie origini da parte dell'adottato a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013. Con tale sentenza è stata dichiarata "l'illegittimità costituzionale della L. 4 maggio 1983, n. 184, art. 28, comma 7, (Diritto del minore ad una famiglia), come sostituito dal D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, art. 177, comma 2, (Codice in materia di protezione dei dati personali), nella parte in cui non prevede - attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza - la possibilità per il giudice di interpellare la madre - che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, art. 30, comma 1, (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma della L. 15 maggio 1997, n. 127, art. 2, comma 12) - su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione".
3. - Riferisce il Pubblico ministero requirente che, rigettando il reclamo del figlio, la Corte d'appello di Milano ha aderito all'orientamento (seguito anche dai Tribunali per i minorenni di Milano, di Catania, di Bologna, di Brescia e di Salerno) che ritiene necessario attendere l'intervento del legislatore per dare corso alla richiesta del figlio a che il giudice interpelli in via riservata la madre naturale circa la persistenza della sua volontà di non essere nominata. Secondo questo indirizzo, in mancanza di intervento da parte del Parlamento, l'interpello della madre non potrebbe avvenire con modalità direttamente individuate dal giudice, in quanto la Corte costituzionale con l'inciso, che compare nel dispositivo della pronuncia, "attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza" - avrebbe istituito una esplicita riserva di legge per non vanificare la garanzia di segretezza sul parto riconosciuta dall'ordinamento alla donna. L'impossibilità di un'attuazione per via giudiziaria della sentenza della Corte costituzionale dipenderebbe dalla sua natura di pronuncia additiva di principio, con contestuale rinvio alla legge per la necessaria disciplina di dettaglio. L'intervento del giudice si appaleserebbe indebito ed invasivo degli altri poteri dello Stato, perchè creativo ex novo di un procedimento, tra l'altro di per sè non risolutivo in caso di indisponibilità, da parte della struttura che conserva i documenti, a comunicare le informazioni che consentano di risalire alla identità della madre. Il punto di equilibrio tra i due diritti in gioco - quello del figlio a conoscere le proprie origini e quello della madre di mantenere l'anonimato - si realizzerebbe proprio attraverso la disciplina del procedimento di interpello, in considerazione della pluralità di soluzioni idonee a ristabilire la legittimità costituzionale, tra loro fungibili poichè compatibili con il principio che si tratta di attuare

attraverso l'esercizio della discrezionalità legislativa. Sarebbero configurabili anche ostacoli di carattere processuale, perchè la piena attuazione del contraddittorio assicurata alle parti (anche) nei procedimenti in camera di consiglio, con il diritto di accedere liberamente a tutte le risultanze istruttorie, confliggerebbe con la necessità della massima riservatezza di questo procedimento.
4. - Il Procuratore generale osserva che vi è un'altra parte dei giudici di merito (il Tribunale per i minorenni di Trieste; il Tribunale per i minorenni per il Piemonte e la Valle d'Aosta; la Corte d'appello di Catania, sezione della famiglia, della persona e dei minori) che, in forza dei principi enunciati dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo (nella sentenza 25 settembre 2012 Godelli c. Italia) e per effetto della sentenza di illegittimità costituzionale del 2013, ammette la possibilità di interpello riservato anche senza legge. Secondo questo orientamento, la norma dichiarata incostituzionale non potrebbe più essere applicata. Nell'individuare la regola per il caso concreto, il giudice, al fine di conoscere la volontà attuale della madre se intenda mantenere ferma o meno la scelta originaria per l'anonimato, dovrebbe utilizzare come parametri di riferimento la disciplina generale sul tema (rinvenibile nella L. n. 184 del 1983, art. 28) e la normativa in materia di procedimenti in camera di consiglio e di protezione dei dati personali. Pur nel perdurante silenzio del legislatore sulle modalità di interpello della madre biologica anonima, il giudice non potrebbe sottrarsi dal dare concreta attuazione al diritto fondamentale del figlio a conoscere la propria identità, nel rispetto del contrapposto diritto all'anonimato della madre.
5. - Il Procuratore generale rileva che, in presenza di questi due diversi e contrastanti approdi interpretativi emersi nella giurisprudenza di merito, talora all'interno della stessa sede giudiziaria, è configurabile un oggettivo interesse alla enunciazione di un principio di diritto nell'interesse della legge, per la indubbia rilevanza generale e sociale del tema che ne è alla base; e segnala l'opportunità che, su una questione di diritto così delicata, anche la Corte di cassazione (nella composizione ordinaria o a sezioni unite) aggiunga la propria voce nel dialogo che si è instaurato tra le Corti. In particolare, ad avviso del pubblico ministero, gli aspetti della questione di diritto sottesa alla richiesta ai sensi dell'art. 363 c.p.c. , comma 1, sarebbero due. Il primo riguarda il rapporto tra il diritto di ogni persona a conoscere le proprie origini ed il "contrapposto" diritto all'oblio della donna che ha partorito avvalendosi dell'anonimato, e la consequenziale tutela che agli stessi è riconosciuta nell'ordinamento italiano dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013. Il secondo investe l'interpretazione della pronuncia della Corte costituzionale ed il suo inquadramento nell'ambito delle diverse tipologie decisorie, al fine di tracciare gli spazi ed i limiti di intervento del giudice comune nell'esercizio concreto del suo potere giurisdizionale e nel rispetto delle prerogative del Parlamento.
6. - Il Procuratore generale ha concluso chiedendo che la Corte di cassazione enunci, in una prospettiva di orientamento del giudice, il seguente principio di diritto: "Per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013, va affermata l'esistenza del diritto dell'adottato (e comunque del) nato da parto anonimo a conoscere le proprie origini con il limite dell'accertata persistenza della volontà della madre biologica di mantenere il segreto; l'esercizio del diritto trova attuazione mediante istanza dell'adottato rivolta al giudice, che

dovrà procedere all'interpello della madre con modalità idonee a preservare la massima riservatezza nell'assunzione delle informazioni in ordine alla volontà della donna di mantenere ferma la dichiarazione di anonimato o di revocarla".
6.1. - A tale conclusione il pubblico ministero perviene sul rilievo che la sentenza n. 278 del 2013 è di accoglimento ed il suo contenuto non si risolve soltanto nella addizione di un principio, ma anche nella indicazione di una regola chiara circa la possibilità di interpello della madre da parte del giudice su richiesta del figlio. La perdurante inerzia del legislatore non potrebbe oltremodo giustificare la violazione di un diritto del figlio, il cui riconoscimento e la cui tutela non trovano più alcun ostacolo normativo nella L. n. 184 del 1983, art. 28, comma 7, ormai espunto dall'ordinamento.
7. - Data la particolare rilevanza della questione, il Primo Presidente ha disposto che, sulla richiesta del Procuratore generale, la Corte si pronunci a sezioni unite.
8. - In prossimità dell'udienza pubblica del 20 dicembre 2016, il pubblico ministero ha depositato note illustrative. Premesso che l'anonimato è una scelta di sistema che vuole favorire la genitorialità naturale ed impedisce l'insorgenza di una genitorialità giuridica, ma che la irreversibilità di questa scelta è stata riconosciuta contrastante con il diritto del figlio a conoscere le proprie origini in quanto diritto coessenziale ad ogni persona umana anche se nata da madre legittimata a rimanere anonima, il Procuratore generale requirente individua i referenti normativi per le modalità di interpello nell'art. 93 del codice in materia di protezione dei dati personali e nella stessa L. n. 184 del 1983, art. 28.
Inoltre, l'Ufficio del pubblico ministero osserva che "l'applicazione diretta" della sentenza di incostituzionalità è già intervenuta con due recenti pronunce della 1 Sezione civile della Corte di cassazione, le quali hanno statuito che l'anonimato vale solo per la madre in vita e che, pertanto, dopo la morte della genitrice biologica che aveva scelto il segreto, il figlio adottato può conoscerne l'identità (sentenza 21 luglio 2016, n. 15024; sentenza 9 novembre 2016, n. 22838).

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - La richiesta sottoposta all'esame di queste Sezioni Unite concerne la materia del parto anonimo e del diritto del figlio non riconosciuto alla nascita, e adottato da terzi, ad accedere alle informazioni che riguardano la sua origine naturale. In particolare, essa pone la questione se la sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013 - che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, in parte qua, della L. n. 184 del 1983, art. 28, comma 7, - rimetta la sua stessa efficacia ad un successivo intervento del legislatore recante la disciplina del procedimento di interpello riservato, in assenza della quale il tribunale per i minorenni, sollecitato dal figlio interessato a conoscere i suoi veri natali, non potrebbe procedere a contattare la madre per verificare se intenda tornare sopra la scelta per l'anonimato fatta al momento del parto; o se, al contrario, il principio somministrato dalla Corte con la citata pronuncia, in attesa della organica e compiuta normazione da parte del Parlamento, si presti ad essere per l'intanto tradotto dal giudice comune in regole sussidiariamente individuate dal sistema, ancorchè solo a titolo precario.

2. - La Corte d'appello di Milano, sezione delle persone, dei minori e della famiglia, con il decreto in data 10 marzo 2015 da cui ha preso avvio la richiesta del Procuratore generale di enunciazione del principio nell'interesse della legge, ha ritenuto che la mancanza di disciplina legislativa volta a regolamentare l'interpello della madre naturale circa la perdurante attualità della sua scelta di non voler essere nominata, precluda di dare corso alla istanza del figlio. Secondo i giudici del merito, la Corte costituzionale, con la sentenza additiva di principio, ha affidato la concreta soluzione adeguatrice al legislatore, chiamato a stabilire quali siano le modalità per colmare il rilevato vuoto normativo. Il rinvio al legislatore, compenetrato nella stessa dichiarazione di incostituzionalità, troverebbe spiegazione nel variegato panorama di scelte in concreto praticabili per dare attuazione al principio dell'interpello riservato della madre anonima. In mancanza nel nostro ordinamento di una disciplina immediatamente estensibile al caso di specie e in presenza della espressa previsione, da parte della Corte costituzionale, di una riserva di legge sul procedimento di interpello riservato della madre anonima, il tribunale per i minorenni non potrebbe muoversi, non essendo consentita, in attesa dell'intervento legislativo, un'attività giurisdizionale surrogatoria rivolta a dare immediata attuazione ai diritti costituzionali dei soggetti coinvolti. Il dictum della Corte potrebbe trovare applicazione da parte degli organi della giurisdizione ordinaria solo quando si sarà trasformato in diritto positivo ad opera di una conforme regola legislativa.
3. - Il pubblico ministero presso la Corte di cassazione ritiene che il giudice del merito, adito in sede di reclamo, avrebbe dovuto invece legittimare l'inoltro riservato della richiesta alla madre naturale per accertarsi se ella volesse o meno mantenere il riserbo dell'anonimato di fronte al desiderio del figlio di conoscere la sua identità naturale. E chiede che la Corte enunci, nell'interesse della legge, il corrispondente principio di diritto di cui il giudice del reclamo avrebbe dovuto fare applicazione.
4. - La richiesta del Procuratore generale è ammissibile, sussistendo i presupposti alla presenza dei quali l'art. 363 cod. proc. civ. , secondo la lettura datane dalla giurisprudenza di questa Corte (Cass., Sez. U., 18 novembre 2016, n. 23469), condiziona l'enunciazione del principio di diritto: a) l'avvenuta pronuncia di almeno uno specifico provvedimento non impugnato o non impugnabile; b) la reputata illegittimità del provvedimento stesso, quale indefettibile momento di collegamento con una concreta fattispecie; c) l'interesse della legge, quale interesse generale o trascendente quello delle parti, all'affermazione di un principio di diritto per l'importanza di una sua formulazione espressa. In primo luogo, infatti, le parti del giudizio a quo non hanno proposto ricorso nei termini di legge avverso la statuizione di rigetto del reclamo resa dalla Corte d'appello di Milano con il decreto depositato il 10 marzo 2015. E tanto basta a ritenere sussistente il requisito di legge, giacchè l'art. 363 c.p.c. , comma 1 richiede che le parti non abbiano proposto ricorso o vi abbiano rinunciato, ovvero che il provvedimento non sia ricorribile per cassazione e non sia altrimenti impugnabile; essendo così ultroneo verificare, altresì, se quel provvedimento - in concreto non impugnato - avrebbe potuto esserlo dinanzi a questa Corte o se si tratti di un provvedimento non ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. per la mancanza dei requisiti della decisorietà e della definitività. Sussiste anche il requisito sub b). Nella sua richiesta di

enunciazione del principio di diritto, invero, il Procuratore generale specifica di averla formulata, non in via astratta o esplorativa, ma con riferimento ad un ben preciso e pertinente caso della vita venuto all'esame della Corte d'appello di Milano e risolto con l'adesione ad una interpretazione della disciplina di riferimento opposta a quella seguita da altri giudici di merito e qui sollecitata dallo stesso requirente con la denuncia dell'errore e con l'istanza a questa Corte di ristabilire l'ordine del sistema (cfr. Cass., Sez. U., 11 gennaio 2011, n. 404). Infine, l'opportunità di intervenire con l'enunciazione di un principio di diritto è positivamente ed effettivamente riscontrabile nella fattispecie in esame: sia per il ravvisato contrasto di tesi tra i giudici di merito e per la mancanza di pronunce di questa Corte che abbiano affrontato espressamente la questione della possibilità o meno per il figlio nato da parto anonimo di attivare, nel contesto scaturito dalla pronuncia della Corte costituzionale, un procedimento di interpello riservato diretto a verificare la persistenza della volontà della madre di non essere nominata; sia perchè il tema - che investe valori costituzionali di primario rilievo reciprocamente connessi nei modi di concretizzazione - presenta un'oggettiva rilevanza generale, anche per le implicazioni relative al ruolo di garanzia che la giurisdizione comune è chiamata a svolgere nel dare seguito, nella decisione dei casi concreti, alla pronuncia di incostituzionalità, in difetto dell'intervento di regolamentazione legislativa.

5. - La richiesta del Procuratore generale è fondata.

6. - Nel quadro di una disciplina, dettata dalla L. n. 184 del 1983, art. 28, commi 5, 6 e 8, nel testo sostituito dalla L. n. 149 del 2001 , che attribuisce al figlio adottivo che abbia raggiunto l'età di venticinque anni il diritto potestativo di accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei suoi genitori biologici (ferma ovviamente l'identità acquistata con la relazione di genitorialità esclusiva con il padre e la madre adottivi), e che consente l'esercizio di questo diritto, funzionale alla costruzione della propria identità, anche prima dei venticinque anni, al figlio che abbia raggiunto la maggiore età, se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica (prevedendosi che l'istanza di autorizzazione - non richiesta quando i genitori adottivi sono deceduti o divenuti irreperibili - deve essere presentata al tribunale per i minorenni del luogo di residenza), il comma 7 della medesima disposizione stabiliva, come norma di chiusura di tale sistema, una regola invalicabile per il figlio nato da parto anonimo: "(l')accesso alle informazioni non è consentito nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata ai sensi del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, art. 30, comma 1". Il citato art. 28, comma 7, andava letto in collegamento, appunto, con l'art. 30 del regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, in tema di dichiarazione di nascita, ove è prevista la necessità di rispettare "l'eventuale volontà della madre di non essere nominata"; e con l'art. 93 del codice in materia di protezione dei dati personali, che non permette all'interessato l'accesso al certificato di assistenza al parto o alla cartella clinica, contenenti le informazioni identificative della madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata al momento della nascita, se non trascorsi cento anni dalla formazione di quei documenti. La scelta compiuta dalla madre al momento del parto si connotava così per l'assolutezza e l'irreversibilità, proiettandosi su di un arco di tempo eccedente la durata normale della vita

umana: in presenza dell'ostacolo dell'anonimato, il giudice non poteva fornire alcuna informazione identificativa al figlio.
7. - La disciplina dell'art. 28, comma 7, aveva superato indenne, nel 2005, il vaglio di legittimità costituzionale. Investita, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost. , di una questione sollevata nella parte in cui la norma escludeva la possibilità di autorizzare l'adottato all'accesso alle informazioni sulle origini senza la previa verifica, da parte del giudice, della persistenza della volontà della madre biologica di non essere nominata, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 425 del 2005, la giudicò infondata. Ritenne la Corte che l'assolutezza del diritto all'anonimato era "espressione di una ragionevole valutazione comparativa dei diritti inviolabili dei soggetti della vicenda", rappresentando la garanzia che il legislatore ha ritenuto necessaria per assicurare che il parto avvenga "in condizioni ottimali, sia per la madre che per il figlio", e per "distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest'ultimo ben più gravi". "L'esigenza di perseguire efficacemente questa duplice finalità" scrisse in quell'occasione il giudice delle leggi - "spiega perchè la norma non preveda per la tutela dell'anonimato della madre nessun tipo di limitazione, neanche temporale. Invero, la scelta della gestante in difficoltà che la legge vuole favorire - per proteggere tanto lei quanto il nascituro - sarebbe resa oltremodo difficile se la decisione di partorire in una struttura medica adeguata, rimanendo anonima, potesse comportare per la donna, in base alla stessa norma, il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta di un figlio mai conosciuto e già adulto, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà".
7.1. - Nuovamente investita della questione, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 278 del 2013, ha ribaltato la precedente decisione e dichiarato l'illegittimità costituzionale, in parte qua, della L. n. 184 del 1983, art. 28, comma 7. La Corte ha riaffermato il fondamento costituzionale del diritto all'anonimato della madre, il quale riposa "sull'esigenza di salvaguardare madre e neonato da qualsiasi perturbamento, connesso alla più eterogenea gamma di situazioni, personali, ambientali, culturali, sociali, tale da generare l'emergenza di pericoli per la salute psico-fisica e la stessa incolumità di entrambi e da creare, al tempo stesso, le premesse perchè la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili"; e ha ribadito che "la salvaguardia della vita e della salute sono... i beni di primario rilievo presenti sullo sfondo di una scelta di sistema improntata nel senso di favorire, per sé stessa, la genitorialità naturale". Ma ha riconosciuto che "anche il diritto del figlio a conoscere le proprie origini - e ad accedere alla propria storia parentale costituisce
un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona", e che "il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale". Così inquadrati i valori costituzionali in gioco, la Corte ha censurato la disciplina legislativa in esame, in precedenza assolta, "per la sua eccessiva rigidità", dichiarando in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost. l'"irreversibilità del segreto". L'art. 28, comma 7, infatti, prefigura una sorta di "cristallizzazione" o di "immobilizzazione" nelle modalità di esercizio del diritto all'anonimato della madre: una volta intervenuta la scelta per l'anonimato, "la relativa manifestazione di volontà assume connotati di irreversibilità destinati, sostanzialmente, ad

espropriare la persona titolare del diritto da qualsiasi ulteriore opzione; trasformandosi, in definitiva, quel diritto in una sorta di vincolo obbligatorio, che finisce per avere un'efficacia espansiva esterna al suo stesso titolare e, dunque, per proiettare l'impedimento alla eventuale relativa rimozione proprio sul figlio, alla posizione del quale si è inteso, ab origine, collegare il vincolo del segreto su chi lo abbia generato". La Corte ha giudicato irragionevole che la scelta per l'anonimato "risulti necessariamente e definitivamente preclusiva anche sul versante dei rapporti relativi alla genitorialità naturale", non essendo legittimo che la volontà espressa in un dato momento non sia "eventualmente revocabile (in seguito alla iniziativa del figlio)". L'"eccessiva rigidità" sta nella mancata previsione - "attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza" - della possibilità per il giudice di interpellare la madre anonima, su richiesta del figlio, ai fini di un'eventuale revoca di tale dichiarazione. Al legislatore, in conclusione, è fatto carico di "introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non volere essere nominata" e, nel contempo, "a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato, secondo scelte procedimentali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso, anche da parte degli uffici competenti, ai dati di tipo identificativo". 7.2. - Tra la prima e la seconda pronuncia della Corte costituzionale è intervenuta, sulla stessa materia, la Corte Europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza 25 settembre 2012 Godelli c. Italia. Esaminando il caso della signora G., la quale, nata da parto anonimo, si era vista opporre dai giudici italiani un rifiuto assoluto e definitivo di accedere alle proprie origini personali in applicazione della disposizione della L. n. 184 del 1983, art. 28, comma 7, la Corte di Strasburgo ha ricordato che, nel perimetro della tutela offerta dall'art. 8 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rientra anche la possibilità di disporre dei dettagli sulla propria identità di essere umano, essendo protetto dalla Convenzione "l'interesse vitale... a ottenere delle informazioni necessarie alla scoperta della verità concernente un aspetto importante della propria identità personale, ad esempio
l'identità dei propri genitori". La Corte Europea ha quindi affermato che "la normativa italiana non tenta di mantenere alcun equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in causa", ma - in assenza di meccanismi destinati a bilanciare il diritto del figlio "a conoscere le proprie origini con i diritti e gli interessi della madre a mantenere l'anonimato" - dà "una preferenza incondizionata a questi ultimi"; e ciò a differenza di quanto previsto nel sistema francese (esaminato nella sentenza della Grande Camera 13 febbraio 2003 Odievre c. Francia e ritenuto compatibile con la Convenzione), dove è previsto che, su impulso del figlio dato in adozione, volto a conoscere l'identità della madre biologica anonima, si possa almeno chiedere a lei se, davanti a quella richiesta, abbia intenzione di derogare all'anonimato oppure di mantenerlo.
8. - Il Collegio ritiene di dovere innanzitutto sottolineare che la sentenza n. 278 del 2013 della Corte costituzionale è una pronuncia di accoglimento: non si tratta né di una sentenza di inammissibilità per discrezionalità del legislatore o per mancanza di "rime obbligate", né di pronuncia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, ossia di una sentenza di inammissibilità o di rigetto accompagnata da un'esortazione o da un monito nei confronti

del legislatore affinchè provveda ad una congrua riforma della disciplina. Trattandosi di una sentenza di illegittimità costituzionale, essa produce gli effetti di cui all'art. 136 Cost. e L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, comma 3, sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale: la norma dichiarata costituzionalmente illegittima - nella specie, l'implicita esclusione di qualsiasi possibilità per il figlio nato da parto anonimo di attivare, dinanzi al giudice, un procedimento atto a raccogliere l'eventuale revoca, da parte della madre naturale, della dichiarazione originaria - "cessa di avere efficacia" e "non (può) avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione". Poichè la norma che escludeva l'interpello della madre ai fini dell'eventuale revoca è stata rimossa dall'ordinamento fin dalla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale, il giudice non può negare tout court al figlio l'accesso alle informazioni sulle origini per il solo fatto che la madre naturale aveva dichiarato, al momento della nascita, di voler essere celata dietro l'anonimato. Se lo facesse, senza avere previamente verificato, beninteso con le modalità più discrete e meno invasive possibili, la volontà della donna di mantenere l'anonimato, egli in realtà continuerebbe a dare applicazione al testo della L. n. 184 del 1983, art. 28, comma 7, preesistente alla pronuncia della Corte costituzionale, negando tutela al diritto del figlio in nome di una assolutezza senza eccezione: esito, questo, non consentito, giacchè l'ordinamento collega alla declaratoria di incostituzionalità l'effetto della rimozione della norma giudicata illegittima. La perdurante applicazione della norma dichiarata incostituzionale si risolverebbe, in definitiva, nel mantenimento del vulnus recato agli artt. 2 e 3 Cost. da una disposizione - il citato art. 28, comma 7 che trasformava il diritto all'anonimato della madre naturale in un vincolo assoluto e immodificabile, indisponibile alla volontà della stessa donna di ritrattarlo, e, non consentendo di guardare, in una prospettiva diacronica, ad uno scenario temporale e di vita proiettato oltre la nascita, sacrificava totalmente il diritto del figlio a conoscere le proprie origini, che "costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona", senza che ciò fosse strettamente necessario per tutelare il diritto all'anonimato della madre. Un vulnus che la Corte costituzionale non si è limitata ad accertare, ma ha sanato e rimosso, introducendo in via di addizione il principio che il figlio possa chiedere al giudice di interpellare la madre ai fini della revoca della dichiarazione, a suo tempo fatta, di non volere essere menzionata come madre nell'atto di nascita.

8.1. - Si tratta, dunque, di una sentenza additiva di principio, o di meccanismo, che dichiara l'illegittimità costituzionale del citato art. 28, comma 7, "nella parte in cui non prevede" il diritto del figlio a provocare la possibile revoca della scelta dell'anonimato: l'addizione normativa ha ad oggetto, appunto, un principio (opposto a quello che si desumeva dalla disposizione preesistente, dichiarata incostituzionale) di "possibilità per il giudice di interpellare la madre - che abbia dichiarato di non voler essere nominata... - su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione". Per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale, la disposizione dell'art. 28, comma 7, non è rimasta invariata, ma vive nell'ordinamento con l'aggiunta di questo principio ordinatore, capace di esprimere e di fissare un punto di equilibrio tra la posizione del figlio adottato e i diritti della madre. Tale punto di equilibrio si compendia nella riconosciuta possibilità per il giudice di interpellare in via riservata la madre biologica per raccogliere la sua volontà attuale quando c'è un figlio in-

teressato a conoscere la sua vera origine, ma anche nella preferenza da accordare alla scelta della donna, perchè il figlio non ha un diritto incondizionato a conoscere la propria origine e ad accedere alla propria storia parentale, non potendo ottenere le informazioni richieste ove persista il diniego della madre di svelare la propria identità. E' esatto che la sentenza n. 278 del 2013 non solo lascia impregiudicate le movenze del procedimento di interpello riservato, ma anche specifica, nel dispositivo, che la possibilità per il giudice di interpellare la madre si deve esplicare "attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza"; e ciò, dopo avere affermato, in motivazione, che "(s)arà compito del legislatore introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato, secondo scelte procedimentali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso, anche da parte degli uffici competenti, ai dati di tipo identificativo, agli effetti della verifica di cui innanzi si è detto". E tuttavia, la circostanza che tale pronuncia di incostituzionalità consegni l'addizione ad un principio, senza introdurre regole di dettaglio *self-executing* quanto al procedimento di appello riservato, e si indirizzi espressamente al legislatore affinchè, previe le necessarie ponderazioni e opzioni politiche, ripiani la lacuna incostituzionale e concretizzi le modalità del meccanismo procedimentale aggiunto, non esonera gli organi giurisdizionali, in attesa che il legislatore adempia al suo compito, dall'applicazione diretta di quel principio, né implica un divieto di reperimento dal sistema delle regole più idonee per la decisione dei casi loro sottoposti. Per un verso, infatti, l'affermazione di principio contenuta nel dispositivo di incostituzionalità non è semplice espressione di orientamento di politica del diritto, destinata a trovare realizzazione a condizione di un futuro intervento del legislatore che trasformi la pronuncia della Corte costituzionale in regole di diritto positivo. Essa è, invece, diritto vigente, capace di valere per forza propria, in quanto derivante dalla Costituzione: la legge alla quale il giudice è soggetto per il principio di legalità nella giurisdizione (art. 101 Cost. , comma 2) è quella che risulta dalla addizione del principio ad opera della sentenza di illegittimità costituzionale. Per l'altro verso, il dialogo privilegiato che, con la citata sentenza, la Corte costituzionale instaura con il legislatore riguarda la introduzione, da parte di quest'ultimo, della disciplina generale e astratta attraverso l'esercizio della discrezionalità politica. La riserva espressa della competenza del legislatore si riferisce, evidentemente, al piano della normazione primaria, al livello cioè delle fonti del diritto: come tale, essa non estromette il giudice comune, nel ruolo costituzionalmente diverso da quello affidato al legislatore - di organo chiamato, non a produrre un quid novi sulla base di una libera scelta o a stabilire una disciplina di carattere generale, ma a individuare e dedurre la regola del caso singolo bisognoso di definizione dai testi normativi e dal sistema, di cui è parte anche il principio vincolante dichiarato dalla Corte costituzionale con la sentenza additiva, e così a ricercare, in chiave di effettività, nel momento applicativo, un punto di saldatura tra quel principio, i diritti dei soggetti coinvolti e le regole preesistenti. Agli organi della giurisdizione il principio dichiarato dalla Corte nel dispositivo di accoglimento si rivolge, anche con la carica di specificazioni contenute nei criteri-guida in esso delineate, riguardanti il tipo di attività (interpello della madre ai fini di una eventuale libera revoca da parte della stessa della dichiarazione, a suo tempo resa, di

voler restare anonima), chi la debba svolgere (il giudice), quando (su sollecitazione del figlio) e con quali modalità (rispettando l'assoluta riservatezza della donna); e ne orienta la necessaria opera di integrazione nella definizione del caso concreto sottoposto al loro esame. Si tratta di una provvista di indicazioni che consente al giudice di assicurare, anche per il periodo transitorio, una situazione adeguata alla legalità costituzionale, dando ai soggetti coinvolti la possibilità concreta di esercitare i loro diritti fondamentali: alla madre, di eventualmente ritrattare, sul versante dei rapporti relativi alla genitorialità naturale, la scelta per l'anonimato, se è messa in condizione di cambiarla allorchè il figlio si dichiari interessato a conoscere le sue origini; al figlio, di accedere alle informazioni sulle sue origini e di definire così la sua identità naturale, con tutto ciò che sul piano personale questo può significare, sempre che la portatrice dell'interesse all'anonimato intenda revocare, per effetto di una scelta rimessa alla sua valutazione e alla sua coscienza, la dichiarazione iniziale.

8.2. - La soluzione che ritiene possibile, pur nel perdurante silenzio del legislatore, l'applicazione in sede giurisdizionale dell'interpello riservato della madre biologica anonima, trova sostegno nei principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale con riguardo alle sentenze additive a dispositivo generico. La Corte costituzionale ha infatti chiarito, con la sentenza n. 295 del 1991, e ha successivamente ribadito, con la sentenza n. 74 del 1996, che "la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una omissione legislativa com'è quella ravvisata nell'ipotesi di mancata previsione, da parte della norma di legge regolatrice di un diritto costituzionalmente garantito, di un meccanismo idoneo ad assicurare l'effettività di questo - mentre lascia al legislatore, riconoscendone l'innegabile competenza, di introdurre e di disciplinare anche tale meccanismo in via di normazione astratta, somministra essa stessa un principio cui il giudice comune è abilitato a fare riferimento per porre frattanto rimedio all'omissione in via di individuazione della regola del caso concreto". Le additive di principio, infatti, sono pronunce tendenzialmente caratterizzate da una duplice funzione: da un lato, di orientamento del legislatore, nella necessaria attività consequenziale alla pronuncia, diretta a rimediare all'omissione incostituzionale; dall'altro, di guida del giudice nell'individuare, ove possibile, soluzioni applicative utilizzabili medio tempore, estraendo da quel principio, e dal quadro normativo generale esistente, la regola buona per il caso.

9. - L'immediata applicabilità della sentenza n. 278 del 2013 non trova neppure ostacoli nell'impossibilità concreta per il giudice di mutuare dall'ordinamento, in attesa dell'*interpositio legislatoris*, un meccanismo utile a garantire la tutela dei diritti nascenti dalla declaratoria di illegittimità costituzionale. Il procedimento utilizzabile al fine di rendere l'additiva di principio suscettibile di seguito giurisdizionale conforme è quello "base", di volontaria giurisdizione, previsto dalla L. n. 184 del 1983, art. 2, commi 5 e 6, nel corso del quale è stata sollevata dal giudice a quo la questione di costituzionalità accolta dalla Corte costituzionale. Si tratta di un procedimento in camera di consiglio, che si svolge dinanzi al tribunale per i minorenni del luogo di residenza, dettato per la ricerca delle origini del figlio adottato, una volta che questi abbia raggiunto la maggiore età, nel caso in cui la madre non ha fatto la dichiarazione di anonimato. Questo procedimento camerale - previ i necessari adattamenti, necessari ad assicurare in termini rigorosi la riservatezza della madre, che si impongono in virtù delle indicazioni contenute nel principio esplicitato dalla sentenza di illegittimità costi-

tuzionale - ben può adattarsi al caso del figlio che richiede al giudice di autorizzare le ricerche e il successivo interpello della madre biologica circa la sua volontà di mantenere ancora fermo l'anonimato, e così rappresentare il "contenitore neutro" (cfr. Cass., Sez. U., 19 giugno 1996, n. 5629) di un'interrogazione riservata, esperibile una sola volta, con modalità pratiche nel concreto individuate dal giudice nel rispetto dei limiti imposti dalla natura dei diritti in gioco, reciprocamente implicati nei loro modi di realizzazione. Le modalità del procedimento trovano un parametro di riferimento anche nell'art. 93 del codice in materia di protezione dei dati personali. Tale disposizione - consentendo in ogni tempo la comunicabilità delle informazioni "non identificative" ricavabili dal certificato di assistenza al parto o dalla cartella clinica, tuttavia ancorandola all'osservanza, ai fini della tutela della riservatezza della madre, delle relative "opportune cautele per evitare che quest'ultima sia identificabile" - detta un criterio utile per il giudice che, nel procedere all'interpello della madre, dovrà seguire modalità idonee a preservare la massima riservatezza e segretezza nel contattare la madre per verificare se intenda mantenere ferma la dichiarazione di anonimato o revocarla. Un altro referente normativo utile ai fini della individuazione della regola del caso concreto è desumibile dal comma 6 del citato art. 28, il quale prevede che l'accesso per l'adottato alle notizie sulla sua origine e l'identità dei genitori biologici avvenga con modalità tali da evitare "turbamento all'equilibrio psico-fisico del richiedente". Si tratta di un'indicazione normativa che necessariamente vale per tutte le posizioni coinvolte nella vicenda, non solo per il figlio ma anche per la madre: il che impone che la ricerca e il contatto ai fini dell'interpello riservato siano gestiti con la massima prudenza ed il massimo rispetto, oltre che della libertà di autodeterminazione, della dignità della donna, tenendo conto della sua età, del suo stato di salute e della sua condizione personale e familiare.

10. - Il reperimento, in via giurisprudenziale, dal quadro normativo generale esistente e dal principio somministrato dalla Corte costituzionale, della regola del caso suscettibile di permettere un seguito integrativo dell'ordinamento lacunoso in attesa dell'intervento legislativo, deriva anche dalla necessità di ricercare una coerenza con la piena attuazione dei diritti di matrice convenzionale e di interpretare, in quest'ambito, il diritto interno in senso conforme alla CEDU e alle pronunce della Corte Europea. Invero, il rispetto degli obblighi internazionali è uno strumento efficace della tutela dei diritti fondamentali nella singola fattispecie, e questa richiede una combinazione virtuosa di esperienze e di attribuzioni, di cui è parte l'obbligo che incombe sui giudici comuni di dare alle norme interne una lettura conforme ai precetti convenzionali (Corte cost., sentenze n. 311 e n. 317 del 2009), fermo il predominio assiologico della Costituzione sulla Convenzione Europea (Corte cost., sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 e n. 49 del 2015). Ora, come si è ricordato retro, sub 7.2., proprio con riguardo alla disciplina della irreversibilità del segreto, con la sentenza Godelli la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione, evidenziando che la nostra legislazione non stabiliva un bilanciamento fra il diritto della madre biologica all'anonimato e quello a conoscere la propria identità da parte del figlio adottato, caratterizzandosi per la mancanza assoluta di un equilibrio tra gli interessi in gioco, e in tal modo eccedeva dal margine di valutazione riconosciuto alla stregua del parametro convenzionale. In questa prospettiva, il mancato sforzo ermeneutico diretto a

cogliere nell'ordinamento, nell'attesa dell'intervento del legislatore, le condizioni di effettività e di operatività del principio formulato dalla sentenza additiva della Corte costituzionale, determinerebbe anche un deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale riconosciuto dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, risolvendosi nel mantenimento di una situazione di violazione analoga a quella constatata dalla CEDU, situazione che invece il giudice nazionale deve prevenire. D'altra parte, diversamente opinando, e continuandosi a negare, in attesa di un meccanismo procedimentale stabilito per legge, la possibilità per il figlio di chiedere al giudice di interpellare riservatamente la madre anonima, si finirebbe con il non valorizzare, negli esiti applicativi, la spinta propulsiva che deriva dalla convergenza di fondo, pur nel diverso percorso argomentativo, tra il precedente della Corte di Strasburgo e l'esito dell'incidente di costituzionalità. Infatti, quantunque la dichiarata illegittimità costituzionale sia dipesa dall'accertato contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost. , con assorbimento del motivo di censura formulato in riferimento all'art. 117 Cost. , comma 1, dalla stessa motivazione della sentenza di incostituzionalità si ricava l'espresso riconoscimento non solo che la sentenza di Strasburgo "invita a riflettere" sul profilo "diacronico" della tutela assicurata al diritto all'anonimato della madre", ma anche che "l'eccessiva rigidità" della disciplina nazionale è censurata "sulla base degli stessi rilievi, in sostanza, formulati dalla Corte EDU".

11. - I protocolli in concreto seguiti da quei Tribunali per i minorenni che, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013, hanno correttamente ritenuto di dare corso alla istanza del figlio di interpello della madre naturale per un'eventuale revoca della scelta di rimanere anonima fatta al momento del parto, dimostrano come le norme di riferimento, arricchite delle indicazioni contenute nell'addizione del principio, siano suscettibili di essere declinate in direzioni pratiche dell'attività e del procedimento, capaci di consentire che, nel terminale del momento applicativo, il contatto con la madre, rivolto a raccogliere un'insindacabile dichiarazione di volontà, avvenga con modalità non invasive e rispettose della sua dignità e, nello stesso tempo, cautelando in termini rigorosi il suo diritto alla riservatezza. Così, un Tribunale per i minorenni, una volta ricevuto il ricorso del figlio, forma il relativo fascicolo, secretato sino alla conclusione del procedimento e anche oltre; alla luce della visione del fascicolo della vicenda che portò all'adozione, incarica la polizia giudiziaria di acquisire, presso l'ospedale di nascita, notizie utili alla individuazione della madre del ricorrente; ove la madre risulti in vita, incarica il servizio sociale del luogo di residenza di questa (per via consolare, in caso di residenza all'estero) di recapitare, esclusivamente a mani proprie dell'interessata, una lettera di convocazione per comunicazioni orali, indicando diverse date possibili nelle quali le comunicazioni verranno effettuate, presso la sede del servizio o, ove preferito, al domicilio di quest'ultima. Le linee guida di quel Tribunale prevedono inoltre che: ove la madre biologica, in sede di notificazione, chieda il motivo della convocazione, l'operatore del servizio sociale dovrà rispondere "non ne sono a conoscenza", osservando in ogni caso il più stretto segreto d'ufficio; il servizio notificante informa il giudice delle condizioni psico-fisiche della persona, in modo da consentire le cautele imposte dalla fattispecie; il colloquio avviene nel giorno e nel luogo scelto dall'interessata, tra quest'ultima - da sola, senza eventuali accompagnatori - e il giudice onorario minorile delegato dal giudice togato. A questo punto, secondo le direzioni pratiche, l'interessata viene messa al corren-

te dal giudice che il figlio che mise alla luce quel certo giorno ha espresso il desiderio di accedere ai propri dati di origine, e viene informata che ella può o meno disvelare la sua identità e può anche richiedere un termine di riflessione. Se la donna non dà il suo consenso al disvelamento, il giudice ne dà semplice riferimento scritto al Tribunale, senza formare alcun verbale e senza comunicare il nome del richiedente; se invece la persona dà il suo consenso, il giudice redige verbale, facendolo sottoscrivere alla persona interessata, solo allora rivelando a quest'ultima il nome del ricorrente. Le linee guida di altri Tribunali per i minorenni prevedono la convocazione, da parte del giudice, del rappresentante dell'Ufficio provinciale della pubblica tutela, che consegna la busta chiusa contenente il nominativo della madre: il rappresentante dell'Ufficio della pubblica tutela viene fatto uscire dalla stanza; il giudice apre la busta e annota i dati della madre, inserendoli in altra busta, che chiude e sigilla, redigendo un verbale dell'operazione; la prima busta viene nuovamente sigillata e, siglata dal giudice con annotazione dell'operazione compiuta, viene riconsegnata al rappresentante dell'Ufficio, a questo punto fatto rientrare e congedato. Tramite l'Ufficio dell'anagrafe, il giudice verifica la permanenza in vita della madre e individua il luogo di residenza. Il fascicolo rimane nell'esclusiva disponibilità del giudice ed è indisponibile per il ricorrente, che non potrà compulsarlo, essendo abilitato soltanto a estrarre copia del suo ricorso. Ove la madre sia individuata, il giudice, avuta nozione delle caratteristiche del suo luogo di residenza, considerando le caratteristiche personali, sociali, cognitive della donna, prende contatto telefonico con il soggetto ritenuto più idoneo nel caso concreto (responsabile del servizio sociale o comandante della stazione dei carabinieri), senza comunicare il motivo del contatto e chiedendo solo di verificare la possibilità di un colloquio con la madre in termini di assoluto riserbo. Solo ove sia concretamente possibile l'interpello in termini di assoluta riservatezza, viene delegato il responsabile del servizio sociale (ovvero un giudice perchè si rechi in loco) al contatto della madre e alla manifestazione a questa della pendenza del ricorso da parte del figlio. Il responsabile del servizio o il giudice raccolgono a verbale la determinazione della madre, di conferma ovvero di revoca dell'anonimato; solo ove la madre revochi la originaria opzione per l'anonimato, il ricorso, sussistendo le altre condizioni di cui alla L. n. 184 del 1983, art. 28, viene accolto, e il ricorrente accede al nominativo materno.

12. - L'ammissibilità dello sviluppo di un seguito giurisprudenziale conforme al principio formulato nell'addizione e l'esclusione di qualsiasi carattere "infungibile" dell'intervento del legislatore sono confermate - come correttamente rilevato dal Procuratore generale nella memoria depositata in prossimità dell'udienza - dall'orientamento nel frattempo formatasi nella 1 Sezione civile di questa Corte. Occupandosi del caso della morte della genitrice biologica che aveva scelto il segreto al momento della nascita, questa Corte ha infatti affermato, con la sentenza 21 luglio 2016, n. 15024, che sussiste il diritto del figlio, dopo la morte della madre, di conoscere le proprie origini biologiche mediante accesso alle informazioni relative all'identità personale della stessa, non potendosi considerare operativo, oltre il limite della vita della madre che ha partorito in anonimo, il termine di cento anni, dalla formazione del documento, per il rilascio della copia integrale del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica, comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre,

sul rilievo che ciò determinerebbe la cristallizzazione di tale scelta anche dopo la sua morte e la definitiva perdita del diritto fondamentale del figlio, in evidente contrasto con la necessaria reversibilità del segreto e l'affievolimento, se non la scomparsa, di quelle ragioni di protezione che l'ordinamento ha ritenuto meritevoli di tutela per tutto il corso della vita della madre, proprio in ragione della revocabilità di tale scelta. E, con la successiva sentenza 9 novembre 2016, n. 22838, ha ribadito che il diritto dell'adottato, nato da donna che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ad accedere alle informazioni concernenti la propria origine e l'identità della madre biologica, sussiste e può essere concretamente esercitato anche se la stessa sia morta e non sia possibile procedere alla verifica della perdurante attualità della scelta di conservare il segreto, non rilevando in senso ostativo il mancato decorso del termine di cento anni dalla formazione del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica, di cui all'art. 93 del codice in materia di protezione dei dati personali, salvo il trattamento lecito e non lesivo dei diritti dei terzi dei dati personali conosciuti. Nel riconoscere il diritto dell'adottato ad accedere a informazioni sulle proprie origini anche nel caso in cui non sia più possibile procedere all'interpello della madre naturale per morte della stessa, entrambe le pronunce mostrano di ritenere che già adesso il figlio nato da parto anonimo possa chiedere l'interpello della madre sulla reversibilità della scelta, e che la sentenza di costituzionalità abbia prodotto l'ulteriore effetto di sistema di rendere flessibile il rigore dello sbarramento temporale contenuto nel citato art. 93.

13. - In conclusione, sulla richiesta del Procuratore generale ai sensi dell'art. 363 c.p.c. , comma 1, le Sezioni Unite deliberano di enunciare il seguente principio di diritto nell'interesse della legge: "In tema di parto anonimo, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013, ancorchè il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte costituzionale, idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna; fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorchè la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità".

P.Q.M.

La Corte enuncia, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., comma 1, il seguente principio di diritto nell'interesse della legge: "In tema di parto anonimo, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013, ancorchè il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali, tratte dal quadro

normativo e dal principio somministrato dalla Corte costituzionale, idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna; fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorchè la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità".
Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 20 dicembre 2016.
Depositato in Cancelleria il 25 gennaio 2017.

ACCORDI DI SEPARAZIONE

CASS. CIV., SEZ. I, 30 GENNAIO 2017, N. 2224

Gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione il regime giuridico – patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono nulli per illiceità della causa, avuto riguardo alla natura assistenziale dell'assegno divorzile, previsto a tutela del coniuge più debole.

SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE
SEZIONE I CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. DI PALMA Salvatore - Presidente –
Dott. CAMPANILE Pietro - rel. Consigliere –
Dott. CRISTIANO Magda - Consigliere –
Dott. ACIERNO Maria - Consigliere -
Dott. DE MARZO Giuseppe - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

V.P.E.E. elettivamente domiciliata in Roma, via Nomentana, n. 295, nello studio dell'avv. Mario Manca, che la rappresenta e difende unitamente all'avv. Francesco Maria Costa Angeli, giusta procura speciale a margine del ricorso;

- ricorrente -
contro

S.G. elettivamente domiciliato in Roma, via g. Nicotera, n. 29, nello studio dell'avv. Giulia Sarnari, che lo rappresenta e difende unitamente agli avv.ti Cinzia Calabrese a Alberto Figone, giusta procura speciale in calce al controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza della Corte di appello di Milano, n. 1335, depositata in data 26 marzo 2015;

Sentita la relazione svolta all'udienza pubblica del 15 luglio 2016 dal consigliere Dott. Pietro Campanile;

Sentito per la ricorrente l'avv. F.M. Costa Angeli;
Sentiti per il controricorrente gli avv.ti Figone e Calabrese;

Udite le richieste del Procuratore Generale, in persona del Sostituto Dott. Federico Sorrentino, che ha concluso per il rigetto del ricorso.
Svolgimento del processo

1 - Con sentenza depositata in data 13 dicembre 2013 il Tribunale di Milano dichiarava la cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto dai signori S.G. e V.P.E.E., ponendo a carico del primo un assegno divorzile di Euro 3.300,00, oltre al pagamento, nella misura del 75 per cento, del mutuo contratto per l'acquisto della casa coniugale di via Donizetti; dichiarava altresì lo S. tenuto al mantenimento diretto del figlio A., nato il (OMISSIS) e a versare alla ex moglie, a titolo di contributo per il mantenimento del figlio C.M., un assegno di Euro 4.100 mensili, oltre al 50 per cento delle spese sanitarie, scolastiche, sportive e formative.

1.1. La corte di appello di Milano, con la sentenza indicata in epigrafe, ha revocato l'assegno disposto in favore della V. ed ha dato atto del conseguimento dell'autosufficienza sul piano economico del figlio A., che vive e lavora a in California; ha ridotto il contributo per il mantenimento di C.M. ad Euro 1.500,00 mensili.

1.2. Quanto all'assegno in favore della V., la Corte distrettuale ha preso le mosse dalla sentenza di separazione intervenuta fra le parti in data 18 aprile 2012, successivamente passata in giudicato, nella quale si dava atto del tenore di vita mantenuto in costanza di matrimonio, con conseguente rigetto delle istanze istruttorie avanzate dalla V. (la quale, in sede di gravame aveva chiesto l'elevazione dell'assegno ad Euro 7.000,00).

1.2.1. Richiamata la natura assistenziale dell'assegno di divorzio, nonché i principi affermati dalla Corte costituzionale nella decisione n. 11 del 2015, la corte di appello ha osservato che in considerazione dei criteri indicati dalla L. n. 898 del 1970, art. 5, che fungono da elementi di moderazione dell'assegno spettante all'ex coniuge, tali aspetti, complessivamente considerati, conducevano ad accogliere il gravame proposto in via incidentale dallo S. e, quindi a revocare l'assegno.

1.2.2. E' stato in particolare osservato che, tenuto conto della durata del matrimonio, della capacità patrimoniale dei coniugi, nonché del contributo personale della V., alla stessa avrebbe dovuto attribuirsi un assegno pari ad Euro 2.000,00 mensili. Sennonché doveva rilevarsi che, come risultava dalla sentenza di separazione, lo S. aveva versato alla moglie nell'anno 2006 la somma di Euro 1.934.922, ragion per cui doveva ritenersi che in tal modo il predetto avesse inteso corrispondere alla stessa "quanto le sarebbe spettato per assegno di mantenimento ed assegno divorzile", dovendosi considerare che il predetto importo, per la

sua rilevanza, assorbiva, per almeno vent'anni, persino la richiesta di un assegno divorzile pari ad Euro 7.000,00 mensili.

1.3. Quanto al figlio C.M., si è dato atto che lo stesso aveva abbandonato gli studi universitari e si era messo alla ricerca di un lavoro: a tale carenza di indipendenza sul piano economico doveva corrispondere un contributo pari ad Euro 1.500,00 mensili, determinato sulla base della retribuzione media di un laureato al primo impiego.

1.4. Per la cassazione di tale decisione la signora V. propone ricorso, affidato a sette motivi, cui lo S. resiste con controricorso, illustrato da memoria.
Motivi della decisione

2. Con il primo motivo si denuncia la violazione dell'art. 112 c.p.c., per non aver la corte distrettuale, ritenendo erroneamente sussistente detto esame precluso dall'omessa impugnazione della sentenza relativa alla separazione personale dei coniugi, pronunciato in merito alla domanda di assegno divorzile.

3. Con il secondo mezzo si denuncia la violazione dell'art. 156 c.c., e della L. n. 865 del 1970, art. 5, per aver ritenuto provato l'atto di disposizione compiuto durante il matrimonio, e, comunque, per avergli attribuito la valenza di corresponsione "una tantum" non solo dell'assegno di separazione, ma anche di quello divorzile.

4. La terza censura ripropone il tema della ritenuta abnormità del valore attribuito alla suddetta dazione - il cui accertamento, in presenza delle contestazioni della signora V., non sarebbe state nemmeno effettuato - senza considerare che, al di là della diversità dell'assegno di mantenimento in favore del coniuge separato rispetto a quello divorzile, la stessa sentenza di separazione passata in giudicato in data 30 agosto 2012 aveva posto a carico del sig. S., per il mantenimento della moglie, un assegno di 3.000,00 Euro, oltre al pagamento, nella misura del 75 per cento del mutuo relativo all'immobile di via (OMISSIS).

5. Con il quarto motivo si deduce la violazione dell'art. 345 c.p.c. , per aver la Corte escluso la produzione di documenti risalenti all'anno 2010, non estendendosi il divieto alle prove costituende e non essendosi formulato alcun motivato giudizio circa la loro irrilevanza.

6. Il quinto mezzo attiene al vizio di omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, concernente la disponibilità in capo all'intimato di somme rilevanti su conti bancari all'estero.

7. Con la sesta censura si denuncia la violazione dell'art. 155 c.p.c. , con particolare riferimento al criterio della proporzionalità, in relazione alla determinazione dell'assegno in favore del figlio C.

8. L'ultimo motivo riguarda la revoca dell'assegno già disposto in favore del figlio A., con statuizione in relazione alla quale si sarebbe formato il giudicato.

9. I primi tre motivi, per la loro intima correlazione, possono essere esaminati congiuntamente. Essi risultano fondati, in quanto le giustificazioni di natura giuridica poste alla base dell'esclusione dell'assegno in favore della ricorrente, interpolate da considerazioni di ordine fattuale non sussunte e non sussumibili in un valido quadro normativo di riferimento, si pongono in contrasto con i principi costantemente affermati da questa Corte in materia di assegno in favore del coniuge divorziato.

9.1. Ai sensi della L. n. 898 del 1970, art. 5, l'accertamento del diritto all'assegno divorzile deve essere effettuato verificando l'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente, raffrontati ad un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio e che sarebbe presumibilmente proseguito in caso di continuazione dello stesso o quale poteva legittimamente e ragionevolmente configurarsi sulla base di aspettative maturate nel corso del rapporto, mentre la liquidazione in concreto dell'assegno, ove sia riconosciuto tale diritto per non essere il coniuge richiedente in grado di mantenere con i propri mezzi detto tenore di vita, va compiuta tenendo conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione e del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ognuno e di quello comune, nonché del reddito di entrambi, valutandosi tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio (cfr. ex plurimis, Cass., Sez. 1, 15 maggio 2013, n. 11686; 12 luglio 2007, n. 15611).
Nell'ambito di questo duplice apprezzamento, occorre avere riguardo non soltanto ai redditi ed alle sostanze del richiedente, ma anche a quelli dell'obbligato, i quali assumono rilievo determinante sia ai fini dell'accertamento del livello economico-sociale del nucleo familiare, sia ai fini del necessario riscontro in ordine all'effettivo deterioramento della situazione economica del richiedente in conseguenza dello scioglimento del vincolo.

Per poter determinare lo standard di vita mantenuto dalla famiglia in costanza di matrimonio, occorre infatti conoscerne con ragionevole approssimazione le condizioni economiche, dipendenti dal complesso delle risorse reddituali e patrimoniali di cui ciascuno dei coniugi poteva disporre e di quelle da entrambi effettivamente destinate al soddisfacimento dei bisogni personali e familiari, mentre per poter valutare la misura in cui il venir meno dell'unità familiare ha inciso sulla posizione del richiedente è necessario porre a confronto le rispettive potenzialità economiche, intese non solo come disponibilità attuali di beni ed introiti, ma anche come attitudini a procurarsene in grado ulteriore (cfr. Cass., Sez. 1, 12 luglio 2007, n. 15610; 28 febbraio 2007, n. 4764).

9.2 - In tale contesto, in cui assume rilievo centrale la nozione di "adeguatezza" (sulla quale crf. Cass., 4 ottobre 2010, n. 20582), la corte territoriale ha valorizzato, in maniera pressoché esclusiva, la circostanza relativa alla dazione della somma di Euro 1.934.922,00 nell'an-

no 2006, attribuendole la valenza di anticipazione non solo dell'assegno di separazione, ma addirittura di quello di divorzio.

Tale affermazione, oltre a rivelarsi del tutto arbitraria (la qualificazione scaturisce dalla constatazione di "assenza di spiegazioni alternative", avendo per altro la V. contestato la circostanza e lo stesso S. affermato che il versamento sarebbe avvenuto "a fronte dell'impegno di restituire al marito la (OMISSIS)"), contrasta con l'orientamento di questa Corte secondo cui gli accordi preventivi aventi ad oggetto l'assegno di divorzio sono affetti da nullità. E' stato infatti affermato che "gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione, il regime giuridico - patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono invalidi per illiceità della causa, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, espresso dall'art. 160 c.c. Pertanto, di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludono il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto è necessario per soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette esigenze, per il rilievo che una preventiva pattuizione - specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione degli effetti civili del matrimonio (Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810). E' stato altresì precisato che "gli accordi dei coniugi diretti a fissare, in sede di separazione, i reciproci rapporti economici in relazione al futuro ed eventuale divorzio con riferimento all'assegno divorzile sono nulli per illiceità della causa, avuto riguardo alla natura assistenziale di detto assegno, previsto a tutela del coniuge più debole, che rende indisponibile il diritto a richiederlo. Ne consegue che la disposizione della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 8, nel testo di cui alla L. n. 74 del 1987 - a norma del quale, su accordo delle parti, la corresponsione dell'assegno divorzile può avvenire in un'unica soluzione, ove ritenuta equa dal tribunale, senza che si possa, in tal caso, proporre alcuna successiva domanda a contenuto economico -, non è applicabile al di fuori del giudizio di divorzio, e gli accordi di separazione, dovendo essere interpretati "secundum ius", non possono implicare rinuncia all'assegno di divorzio" (Cass., 10 marzo 2006, n. 5302; v. anche Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064; Cass., 11 giugno 1981, n. 3777).

Non può omettersi di sottolineare come la pronuncia in esame abbia anche trascurato l'esigenza che l'accordo sulla corresponsione "una tantum", anche ove validamente conseguito (esulano dal presente esame le recenti aperture sugli accordi in vista del divorzio, anche in relazione alle nuove forme processuali, come quella c.d. "congiunta", attraverso le quali la relativa domanda può essere proposta), richiede pur sempre una verifica di natura giudiziale (Cass., 8 marzo 2012, n. 3635; Cass., 7 novembre 1995, n. 9416; Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128).

9.3. Pertanto la suddetta attribuzione, ove ritenuta adeguatamente dimostrata, da un lato, dovrebbe costituire un indice delle elevate disponibilità e delle correlate condizioni di vita delle parti in costanza di matrimonio, dall'altro, ove si accerti che tale somma sia ancora rimasta nella disponibilità della ricorrente, potrebbe concorrere all'accertamento delle dispo-

nibilità patrimoniali della stessa, da valutarsi nel contesto delle altre consistenze e delle eventuali fonti reddituali (la circostanza che si tratti di casalinga priva di redditi da lavoro dipendente per aver rinunciato a laurearsi e per essersi principalmente dedita alla famiglia appare sostanzialmente negletta da parte della Corte di appello, che, per altro, sotto tale profilo sembra essersi limitata a una valutazione ex post, come se si trattasse di un'obbligazione di risultato: "non sembra che l'azione di coordinamento del personale domestico.. sia stata particolarmente efficiente, a giudicare dai risultati scolastici dei figli"), rapportate, come sopra evidenziato, alla complessiva capacità economica dell'onerato.

9.4. Mette conto di precisare, anche con riferimento agli aspetti di natura probatoria e alla denunzia della violazione dell'art. 2909 c.c. , posta in rilievo nella terza censura, che al di là delle abnormi valutazioni sulle sue conseguenze, la dazione in esame è stata desunta dalla decisione con la quale era stata pronunciata la separazione personale dei coniugi ai sensi dell'art. 116 c.p.c. , in relazione al quale deve ritenersi operante il principio secondo cui le prove raccolte in altro giudizio fra le stesse o altre parti costituiscono fonti potenzialmente esclusive del convincimento giudiziale (Cass., 14 maggio 2013, n. 11555; Cass., 6 febbraio 2009, n. 2904; Cass., 11 giugno 2007, n. 13619).

10. il quarto motivo è fondato. Deve in proposito richiamarsi la giurisprudenza di questa Corte secondo cui, nel giudizio di divorzio in appello - che si svolge secondo il rito camerale, l'acquisizione dei mezzi di prova, e segnatamente dei documenti, è ammissibile sino all'udienza di discussione in Camera di consiglio, sempre che sulla produzione si possa considerare instaurato un pieno e completo contraddittorio, che costituisce esigenza irrinunciabile anche nei procedimenti camerali (Cass., 8 giugno 2016, n. 11784; Cass., 20 marzo 2014, n. 6562; Cass., 13 aprile 2012, n. 5876; Cass. 27 maggio 2005, n. 11319). Il giudizio di irrilevanza, poi, risulta espresso in termini talmente assertivi ("non se ne vede la rilevanza") da non poter costituire una ragione autonoma della statuizione.

11. Fondata risulta anche la successiva censura. La corte distrettuale, focalizzando la propria attenzione esclusivamente sulla disponibilità patrimoniale che la V. avrebbe conseguito nell'anno 2006, ha completamente omesso di valutare le condizioni economiche dell'onerato (per altro rilevantissime, per come indicate nel ricorso: si tratterebbe di un importante imprenditore nel campo della produzione cinematografica, che nell'anno 2010 avrebbe conseguito un reddito di Euro 347.730,00) e quindi, senza per altro esprimere un giudizio sulla completezza delle risultanze già acquisite, non solo ha negletto le circostanze già documentate, ma ha immotivatamente disatteso le istanze di natura istruttoria inerenti alle cospicue disponibilità dello S., emergenti per altro nella citata sentenza di separazione, che la ricorrente, in ossequio al principio di autosufficienza del ricorso, ha riportato in parte qua, e che, pur costituendo detta pronuncia il dato fondante della decisione impugnata, sotto tale profilo sembra sfuggita alla considerazione della corte di appello.

12. Fondato è anche il sesto motivo. La rideterminazione dell'assegno per il concorso del contributo per il mantenimento del figlio C.M. è stata effettuata, da un lato, dando atto che il predetto non ha acquisito l'indipendenza economica, dall'altro giudicando adeguata la somma di Euro 1.500,00 mensili, in quanto "corrispondente, e forse anche superiore, alla retribuzione di un laureato al primo impiego".

12.1. Va premesso che il rilievo del controricorrente fondato sul riferimento, nel ricorso, all'art. 155 c.c. , comma 4, in quanto sostituito dal successivo art. 337 ter, non appare condivisibile, in quanto l'erronea indicazione della norma processuale violata nella rubrica del motivo non ne determina "ex se" l'inammissibilità, se la Corte possa agevolmente procedere alla corretta qualificazione giuridica del vizio denunciato sulla base delle argomentazioni giuridiche ed in fatto svolte dal ricorrente a fondamento della censura, in quanto la configurazione formale della rubrica del motivo non ha contenuto vincolante, ma è solo l'esposizione delle ragioni di diritto della impugnazione che chiarisce e qualifica, sotto il profilo giuridico, il contenuto della censura (Cass., 3 agosto 2012, n. 14026; Cass., 29 agosto 2013, n. 19882).

12.2. Il riferimento al reddito medio di un giovane laureato comporta la totale disapplicazione del principio di proporzionalità e dei criteri normativi stabiliti per la determinazione dell'assegno, con particolare riferimento alle esigenze attuali del figlio, al tenore di vita dallo stesso goduto in costanza di convivenza con i genitori, ai tempi di permanenza e alle risorse dei genitori stessi.

13. Sussiste, infine, il vizio di extrapetizione denunciato con l'ultimo motivo: a fronte della rinuncia della madre tendente al pagamento "indiretto" dell'assegno per il mantenimento del figlio A., la revoca dell'assegno tout court, che il padre avrebbe dovuto versare direttamente allo stesso, non richiesta da alcuna delle parti, è priva di qualsiasi giustificazione.

14. L'impugnata decisione, pertanto, deve essere cassata, con rinvio alla Corte di appello di Milano che, in diversa composizione, applicherà i principi sopra richiamati, provvedendo altresì, al regolamento delle spese processuali relative al presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie per quanto di ragione il ricorso. Cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, alla Corte di appello di Milano, in diversa composizione.
Dispone che in caso di diffusione del presente provvedimento siano omesse le generalità e gli altri dati significativi.
Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Prima Civile, il 15 luglio 2016.
Depositato in Cancelleria il 30 gennaio 2017.

AZIONE DI CLASSE

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. UN., 1 FEBBRAIO 2017, N. 2610

Allorquando l'azione di classe di cui all'art. 140 -bis del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 sia finalizzata ad ottenere la tutela risarcitoria di un pregiudizio subito dai singoli appartenenti alla classe e non anche un interesse collettivo, l'ordinanza d'inammissibilità adottata dalla corte d'appello in sede di reclamo non è impugnabile con ricorso straordinario ex art. 111, settimo comma, Cost., essendo il medesimo diritto suscettibile di tutela attraverso l'azione individuale finalizzata ad ottenere il risarcimento del danno. La dichiarazione di inammissibilità preclude altresì la riproposizione dell'azione da parte dei medesimi soggetti ma non da parte di chi non abbia aderito all'azione oggetto di quella dichiarazione.

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato - Presidente Aggiunto –
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di Sezione –
Dott. NOBILE Vittorio - Presidente di Sezione –
Dott. NAPPI Aniello - Consigliere -
Dott. BERNABAI Renato - Consigliere -
Dott. AMENDOLA Adelaide - Consigliere -
Dott. DI IASI Camilla - Consigliere -
Dott. PETITTI Stefano - rel. Consigliere -
Dott. DE CHIARA Carlo - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso, iscritto al N.R.G. 18680 del 2012, proposto da:

CODACONS, (Coordinamento delle Associazioni per la Difesa dell'Ambiente e dei diritti degli Utenti e dei Consumatori), in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandatario di M.A., B.D. e V.P., rappresentato e difeso, per procura speciale in calce al ricorso, dagli Avvocati Carlo Rienzi e Marco Ramadori, elettivamente domiciliato in Roma, viale G. Mazzini n. 73 , presso l'Ufficio legale nazionale del CODACONS; - ricorrente -

contro

BRITISH AMERICAN TOBACCO - B.A.T. Italia s.p.a., (già Ente Tabacchi Italiani - E.T.I. s.p.a.), in persona del procuratore speciale ad negotia Ma.Di.Fe., rappresentata e difesa, per procura speciale a margine del controricorso, dagli Avvocati Carmine Punzi, Roberto Poli, Antonio Briguglio, Francesca Rolla ed Ernesto Stajano, elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Roma, viale Bruno Buozzi n. 99; - controricorrente -
e contro

PROCURA GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA CORTE D'APPELLO DI ROMA;

PROCURA GENERALE DELA REPUBBLICA PRESSO LA CORTE DI CASSAZIONE - intimati -

per la cassazione dell'ordinanza della Corte d'appello di Roma depositata in data 27 gennaio 2012 (R.G.N. 2758/2011);

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 26 gennaio 2016 dal Consigliere relatore Dott. Stefano Petitti;

sentiti, per CODACONS, l'Avvocato Marco Ramadori e, per la contro ricorrente, gli Avvocati Roberto Poli, Francesca Rolla e Antonio Briguglio;

sentito il Pubblico Ministero, in persona Sostituto Procuratore Generale Dott. RUSSO Rosario Giovanni, che ha concluso, previa affermazione del principio della ricorribilità per cassazione della ordinanza che, in sede di reclamo, dichiara la inammissibilità dell'azione di classe, per la dichiarazione di inammissibilità del ricorso.

FATTI DI CAUSA

L'associazione "Codacons" (Coordinamento Associazioni Difesa Ambiente e diritti utenti e Consumatori), agendo sia in proprio che quale mandatario dei sigg.ri M.A., B.D. e V.P., nel 2010 convenne dinanzi al Tribunale di Roma la società BAT Italia s.p.a. chiedendone la condanna, ai sensi del D.Lgs. 5 settembre 2005, n. 206, art. 140 bis, al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali causati agli attori per avere generato in essi una dipendenza da fumo.

La condotta illecita veniva ravvisata nell'avere la società svolto un'attività pericolosa (produzione e vendita di sigarette) senza adottare le opportune cautele volte a prevenire i rischi per la salute dei fumatori.

Il Tribunale di Roma con ordinanza in data 1° aprile 2011 dichiarò inammissibili le domande. L'ordinanza del Tribunale venne reclamata dai soccombenti.
La Corte d'appello di Roma, con ordinanza del 27 gennaio 2012, rigettava il reclamo, ma con una motivazione parzialmente diversa rispetto a quella posta dal Tribunale a fondamento del giudizio di inammissibilità della domanda.

La Corte d'appello ha ritenuto infatti inammissibile la domanda perchè: a) fondata su una condotta materiale della società resistente anteriore al 15 agosto 2009, e quindi sottratta ratione temporis all'applicazione del D.Lgs. 5 settembre 2005, n. 206, art. 140 bis; b) i diritti azionati erano privi del requisito della "identità", prescritto dall'art. 140 bis, comma 2, lett. b); c) non vi era prova dell'esistenza d'un danno risarcibile.

L'ordinanza della Corte d'appello è stata impugnata per cassazione dal Codacons e dai sigg.ri M.A., B.D. e V.P., sulla base di quattro motivi.

Ha resistito con controricorso BAT s.p.a., eccependo l'inammissibilità del ricorso sull'assunto che l'ordinanza di inammissibilità D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, ex art. 140 bis, comma 7, non avrebbe carattere decisorio né definitivo.

Con ordinanza interlocutoria n. 8433 del 2015, emessa all'esito dell'udienza del 21 gennaio 2015, la Terza Sezione, non condividendo la soluzione adottata da Cass. n. 9772 del 2012, nel senso della inammissibilità del ricorso, rimetteva gli atti al Primo Presidente ai fini dell'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, al fine di prevenire un contrasto di giurisprudenza.

La causa è stata quindi discussa dinnanzi alle Sezioni Unite all'udienza del 26 gennaio 2016, in vista della quale entrambe le parti hanno depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. - La controversia è stata rimessa all'esame delle Sezioni Unite per prevenire un contrasto in ordine alla questione se sia ammissibile o no il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza che dichiara inammissibile l'azione di classe di cui al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 140 bis.

2. - La questione è già stata affrontata dalla Prima sezione civile di questa Corte con la sentenza n. 9772 del 2012, la quale ha affermato il seguente principio di diritto: "l'ordinanza d'inammissibilità dell'azione di classe D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, ex art. 140 bis, (codice del consumo) è fondata su una delibazione sommaria ed è unicamente finalizzata ad una pronuncia di rito, idonea a condizionare soltanto la prosecuzione di quel processo di classe senza assumere la stabilità del giudicato sostanziale ovvero impedire la riproposizione dell'azione risarcitoria anche in via ordinaria; deve essere, pertanto, esclusa l'ammissibilità

del ricorso per cassazione avverso detta ordinanza, salvo per quel che attiene la pronuncia sulle spese e sulla pubblicità".

Tale decisione si fonda sostanzialmente su quattro rilievi, così riassumibili:

(a) l'ordinanza di inammissibilità ex art. 140-bis non impedisce la proposizione dell'azione risarcitoria in sede ordinaria; ciò che è inibita (dall'ordinanza di inammissibilità) "non è la tutela giurisdizionale di un diritto, sebbene la tutela giurisdizionale in una determinata forma di un diritto tutelabile nelle forme ordinarie"; il provvedimento di rigetto del reclamo avverso l'ordinanza di inammissibilità è dunque analogo a quello di rigetto della "domanda d'ingiunzione", cioè un provvedimento che "non pregiudica la riproposizione della domanda anche in via ordinaria";

(b) anche quando l'azione collettiva venga rigettata per manifesta infondatezza, ciò non impedirebbe la presentazione di una nuova istanza, anche soltanto fondata su una migliore esposizione in iure della propria pretesa;

(c) l'ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe si fonda su una delibazione sommaria, e quindi non può assumere la stabilità del giudicato sostanziale;

(d) posto che il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 140 bis, comma 14, stabilisce che "non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9", deve ritenersi che è solo l'ordinanza di ammissibilità dell'azione di classe a precludere la proposizione della medesima azione di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa: l'ordinanza di inammissibilità, per contro, non ne precluderebbe la riproponibilità.

3. - La Terza sezione di questa Corte ha affermato di non potere condividere la soluzione adottata nella sentenza n. 9722 del 2012, sulla base delle seguenti ragioni:

(a) il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 140 bis, non riconosce affatto la riproponibilità dell'azione collettiva che sia stata dichiarata inammissibile (prevedendo soltanto la libera riproponibilità dell'azione individuale);

(b) non varrebbe l'argomento del carattere alternativo ed equivalente dell'azione di classe rispetto all'azione individuale, giacchè, oltre alle differenze in rito delle due forme processuali di tutela, l'azione collettiva appare in grado di esercitare una maggiore pressione sul professionista o produttore e di garantire minori costi per il consumatore, con conseguente definitività della statuizione di sua inammissibilità; avendo, per di più, l'azione individuale, contenuti, scopi ed effetti ben diversi dall'azione di classe, consentendo soltanto la seconda di proteggere interessi collettivi, di riequilibrare il rapporto, e di lasciare il debitore esonerato

"da ogni diritto ed incremento" sulle somme pagate entro centottanta giorni dal deposito della sentenza (D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 140 bis, comma 12);

(c) neppure corrisponderebbe al vero che la valutazione di inammissibilità dell'azione di classe si riduca ad una valutazione sommaria, in quanto l'art. 140 bis, comma 6, condiziona tale pronuncia alla verifica della manifesta infondatezza della pretesa, esito che può derivare pure da un esame a cognizione piena; e tenuto altresì conto dell'assonante dizione contenuta nell'art. 360 bis c.p.c., con riguardo al quale l'inammissibilità del ricorso discende da una cognizione affatto sommaria della Corte di cassazione;

(d) non vi sarebbe alcuna incompatibilità logico-giuridica tra l'affermata improponibilità di ulteriori azioni di classe, una volta scaduto il termine per l'adesione, e la temuta improponibilità delle stesse nuove azioni a seguito di una prima declaratoria di inammissibilità;

(e) colliderebbe con il principio di ragionevole durata del processo ex art. 111 Cost. la conclusione dell'illimitata reiterazione dell'azione di classe inizialmente dichiarata inammissibile, se soltanto "meglio strutturata in punto di diritto";

(f) non avrebbe alcun senso l'ordine della "più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente", che accompagna l'ordinanza di inammissibilità (art. 140 bis, comma 8) ove la domanda potesse sempre essere riproposta;

(g) vi sarebbe contraddizione fra il giudicato che si forma ove l'infondatezza dell'azione di classe non risulti manifesta, e sia perciò dichiarata con sentenza di rigetto della domanda, e la libera riproponibilità dell'azione stessa che sia apparsa, invece, talmente priva di fondatezza da essere tacciata addirittura di inammissibilità.

4. - Il tema oggetto del presente giudizio è quindi quello della ricorribilità o no in cassazione del provvedimento con il quale in sede di reclamo la Corte d'appello dichiara inammissibile l'azione di classe. Tale quesito appare pregiudiziale rispetto alla stessa esposizione dei motivi di ricorso per cassazione e alla evidenziazione delle specifiche ragioni di inammissibilità dalla convenuta prospettate con riferimento ai quattro motivi proposti. Segnatamente, la risposta al quesito precede anche l'esame dell'ulteriore profilo di inammissibilità del ricorso per essere l'azione di classe nella specie proposta riferita a condotte e ad eventi verificatisi prima del 15 agosto 2009, data di entrata in vigore della disciplina di cui all'art. 140-bis, ai sensi della L. 23 luglio 2009, n. 99, art. 49, comma 1.

4.1. - Alla soluzione del quesito occorre premettere che nell'atto introduttivo del giudizio CODACONS e gli altri attori hanno chiesto:
"1) in via preliminare: accertare e dichiarare, con ordinanza all'esito della prima udienza, l'ammissibilità della presente domanda, non ricorrendo alcuna delle cause di inammissibilità di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 140 bis, comma 6;

2) sempre in via preliminare: con la stessa ordinanza, definire i caratteri dei diritti individuali oggetto di giudizio, specificando i criteri di inclusione degli eventuali aderenti alla classe, e stabilire i termini e le modalità per la più opportuna pubblicità ai fini dell'adesione;

3) nel merito: accertare e dichiarare la responsabilità della British American Tobacco Italia s.p.a. (B.A.T. Italia s.p.a.), (...) per: a) aver esercitato un'attività pericolosa, quella della produzione e vendita di sigarette, senza adottare tutte le misure idonee ad evitare danno (art. 2050 c.c.) a carico dei proponenti come a carico di tutti coloro che aderiranno alla presente controversia, e/o per averla svolta con condotte commissive e/o omissive, colpose e/o dolose e cioè quelle indicate nel corpo del presente atto (artt. 2043 e 2059 c.c.); b) aver causato, agli odierni proponenti e a tutti gli aderenti alla presente azione di classe, in conseguenza delle condotte di cui al precedente punto a): - danni non patrimoniali consistenti nella dipendenza da nicotina, quale patologia del sistema nervoso, nonchè danno consistente nel timore concreto di ammalarsi di altre patologie fumo-correlate (art. 2059 c.c.); - danni patrimoniali consistenti nella spesa utile per l'acquisto quotidiano di sigarette indotto dalla dipendenza; con riserva di agire in separata sede per ogni ulteriore danno conseguente all'accertamento della responsabilità della società convenuta di cui al precedente punto a).

4) sempre nel merito: conseguentemente, condannare (...) la British American Tobacco Italia s.p.a. (B.A.T. Italia s.p.a.) (...) all'integrale risarcimento dei danni non patrimoniali esplicitati nel precedente punto 3) b), che si indicano in Euro 2.000,00, nonchè all'integrale risarcimento del danno patrimoniale consistente nella spesa utile per l'acquisto quotidiano dio sigarette che si indica in Euro 1.000,00 in favore di ciascuno dei proponenti come in favore di ciascun successivo aderente alla presente azione di classe; o nella maggiore o minore liquidata dal Giudice secondo quanto disposto dal comma 12^ del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 140 bis, e dunque o *ex* art. 1226 c.c., o con scelta di criteri omogenei di calcolo per la liquidazione ritenuta dovuta".

Risulta dunque evidente che la pretesa azionata è una pretesa risarcitoria dei danni, patrimoniali o non patrimoniali, che i proponenti della domanda o i successivi aderenti all'azione di classe assumono di avere subito per effetto delle condotte contestate alla convenuta, e non anche un'azione volta alla tutela di un interesse collettivo riferibile all'associazione rappresentativa o ai proponenti. Con la precisazione che l'interesse collettivo sembra trovare più immediata e adeguata tutela attraverso l'azione inibitoria, di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 140, per la quale non è previsto alcun giudizio di ammissibilità.

5. - E' opportuno altresì ricordare che l'art. 140 bis, nel testo attualmente vigente (le modificazioni introdotte nel 2012 concernono, per quanto qui rileva, la previsione della estensione dell'azione di classe anche a tutela di interessi collettivi (comma 1) e la previsione che gli utenti devono trovarsi nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea e non identica (comma 2, lett. a)) dispone, al comma 1, che "I diritti individuali omogenei dei

consumatori e degli utenti di cui al comma 2, nonchè gli interessi collettivi sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni". Al comma 2, prevede che "L'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori. L'azione tutela: a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c.; b) i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; c) i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali". Stabilisce al comma 3, che "I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore anche tramite posta elettronica certificata e fax. L'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salvo quanto previsto dal comma 15 (...)".

All'art. 140 bis, comma 4, individua il giudice competente e, al comma 5, prevede che l'atto di citazione sia notificato anche al pubblico ministero presso il tribunale adito.

Quindi, il comma 6 dispone che "All'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonchè quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe"; il comma 7, prevede che "L'ordinanza che decide sulla ammissibilità è reclamabile davanti alla corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione se anteriore. Sul reclamo la corte d'appello decide con ordinanza in camera di consiglio non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso. Il reclamo dell'ordinanza ammissiva non sospende il procedimento davanti al tribunale"; il comma 8 dispone che "Con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regola le spese, anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c., e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente".

Il comma 9, disciplina il contenuto e la pubblicità dell'ordinanza del tribunale che ammette l'azione; il comma 10, esclude l'intervento di terzi ai sensi dell'art. 105 c.p.c.; il comma 11, prevede che con la medesima ordinanza ammissiva il tribunale determini il corso della procedura e individua gli oneri posti a carico delle parti. Il comma 12 disciplina il contenuto del provvedimento che il tribunale dovrà adottare in caso di accoglimento della domanda, prevedendo che la sentenza di condanna liquidi, ai sensi dell'art. 1226 c.c., le somme definitive

dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisca il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme. Il comma 14 prevede che la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti, con la precisazione che è fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non abbiano aderito all'azione collettiva; stabilisce che non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9.

Da ultimo, il comma 15, prevede che "Le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo".

6. - Tanto premesso, deve ricordarsi che, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 7, "contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge". Questa Corte ha da tempo chiarito (Cass. n. 2953 del 1953), e poi ripetutamente ribadito, che un provvedimento, ancorchè emesso in forma di ordinanza o di decreto, assume carattere decisorio requisito necessario per proporre ricorso ex art. 111 Cost. - quando pronuncia o, comunque, incide con efficacia di giudicato su diritti soggettivi, con la conseguenza che ogni provvedimento giudiziario che abbia i caratteri della decisorietà nei termini sopra esposti nonchè della definitività - in quanto non altrimenti modificabile - può essere oggetto di ricorso ai sensi dell'art. 111 Cost.

La decisorietà, dunque, consiste nell'attitudine del provvedimento del giudice non solo ad incidere su diritti soggettivi delle parti, ma ad incidervi con la particolare efficacia del giudicato (nel che risiede appunto la differenza tra il semplice "incidere" e il "decidere": cfr., per tutte, Cass. n. 10254 del 1994).

6.1. - Dalla richiamata disciplina legislativa, e segnatamente dal comma 1 dell'art. 140-bis ("i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 nonchè gli interessi collettivi sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe") emerge chiaramente che tale azione, ove sia proposta - come nella specie unicamente a fini risarcitori e non a tutela di interessi collettivi, non costituisce altro che uno strumento apprestato al legislatore per far valere la domanda risarcitoria: costituisce, cioè, un mezzo processuale di tutela che, per quanto si dirà, si aggiunge a quello ordinario spettante al singolo interessato per ottenere il bene della vita consistente nel risarcimento di un danno che egli assume di avere subito per effetto della condotta posta in essere dal soggetto danneggiante.

Indubbiamente, la possibilità di far valere in via collettiva una pretesa risarcitoria può concorrere ad attribuire alla pretesa stessa una efficacia maggiormente incisiva nei confronti del danneggiante: ciò tuttavia non comporta che, nel caso in cui vengano fatte valere unica-

mente posizioni individuali e non venga quindi azionato un interesse collettivo, il bene della vita cui mira la domanda sia diverso dal ristoro del pregiudizio subito dal singolo appartenente alla classe e sia, quindi, un bene che può senz'altro essere tutelato anche attraverso la proposizione di un'azione individuale avente la medesima finalità. In altri termini, la differenza soggettiva che si ha tra azione di classe e azione individuale, allorquando con la prima vengano fatte valere pretese che incidono esclusivamente sul piano risarcitorio o restitutorio, non determina un mutamento dell'oggetto della domanda, che continua ad essere la pretesa alle restituzioni o al risarcimento del danno subito da ciascuno degli appartenenti alla classe che abbiano agito con l'azione di cui all'art. 140 bis.

Ne consegue che ove si riconoscesse la natura decisoria del provvedimento che definisce in sede di reclamo il giudizio con dichiarazione di inammissibilità - senz'altro definitivo in quanto avverso lo stesso non è previsto alcun rimedio impugnatorio verrebbe meno la possibilità stessa per il singolo attore proponente l'azione di classe di ottenere altrimenti il bene della vita oggetto della domanda giudiziale.

6.2. - Tuttavia, la ricorrenza di una simile situazione deve escludersi nel caso di specie. Se è vero, infatti, che il comma 3, dispone che l'adesione all'azione di classe "comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo", è altresì vero che la medesima disposizione fa salvo quanto previsto dal comma 15; e tale disposizione prevede che "le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito" e che "gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo". Il che consente senz'altro di ritenere che i diritti di chi ha aderito all'azione di classe non vengono compromessi per il caso in cui l'azione stessa sia stata dichiarata inammissibile, versandosi anche in tale caso in una ipotesi di chiusura anticipata del processo, che, anzi, non ha mai avuto accesso alla trattazione della domanda nel merito.

D'altra parte, nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite si è affermato che "quando il provvedimento impugnato sia privo dei caratteri della decisorietà e definitività in senso sostanziale, il ricorso straordinario per cassazione di cui all'art. 111 Cost., comma 7, non è ammissibile neppure se il ricorrente lamenti la lesione di situazioni aventi rilievo processuale, quali espressione del diritto di azione, ed in particolare del diritto al riesame da parte di un giudice diverso, in quanto la pronunzia sull'osservanza delle norme che regolano il processo, disciplinando i presupposti, i modi e i tempi con i quali la domanda può essere portata all'esame del giudice, ha necessariamente la medesima natura dell'atto giurisdizionale cui il processo è preordinato e, pertanto, non può avere autonoma valenza di provvedimento decisorio e definitivo, se di tali caratteri quell'atto sia privo, stante la natura strumentale della problematica processuale e la sua idoneità a costituire oggetto di dibattito soltanto nella sede, e nei limiti, in cui sia aperta o possa essere riaperta la discussione sul merito" (Cass., S.U., n. 11026 del 2003).

La definitività sulle modalità di svolgimento dell'azione in giudizio (cioè su un c.d. diritto processuale), ma non sulla situazione sostanziale dedotta in giudizio, è, dunque, inidonea a giustificare il ricorso straordinario.

6.2.1. - Le considerazioni sin qui svolte consentono anche di affermare che l'azione di classe dichiarata inammissibile non è riproponibile dai medesimi soggetti che la hanno proposta o hanno ad essa aderito. In proposito, appaiono condivisibili le argomentazioni svolte nell'ordinanza di rimessione, nel senso che la dichiarazione di inammissibilità non può essere considerata priva di effetti. Se è vero, infatti, che la cognizione del tribunale o della corte d'appello in sede di reclamo è caratterizzata da sommarietà, è altrettanto vero che una valutazione di inammissibilità è stata effettuata dal giudice competente all'esito di una cognizione che può spingersi anche ad esaminare profili di merito della pretesa azionata (la sua manifesta infondatezza). Predicare la riproponibilità della medesima azione da parte dei medesimi soggetti destinatari della statuizione di inammissibilità appare inoltre contrastante con l'esigenza di non reiterare l'esercizio della giurisdizione in relazione al medesimo oggetto da parte dei medesimi soggetti.

Tuttavia, il Collegio ritiene che alla detta conclusione non possa pervenirsi in termini assoluti. Invero, se si considera che la "classe" è per definizione composta da una pluralità indistinta di soggetti, non può ritenersi che la dichiarazione di inammissibilità dell'azione proposta da un comitato o da un'associazione per conto di alcuni soggetti abbia una efficacia preclusiva della possibilità di ricorrere a quel mezzo di tutela processuale anche per tutti gli altri appartenenti alla classe, ai quali la intervenuta dichiarazione di inammissibilità non sarebbe opponibile, essendo essi rimasti estranei alla precedente iniziativa giudiziaria. Orienta in questo senso il rilievo che, ai sensi dell'art. 140 bis, comma 9, con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale fissa termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe. La possibilità di adesione all'azione è quindi condizionata all'ammissibilità dell'azione stessa, nel mentre la dichiarazione di inammissibilità della stessa finirebbe con il precluderne la proponibilità nei confronti di coloro che non hanno proposto l'originaria azione o non hanno alla stessa aderito nella sua fase iniziale.

Deve, quindi, ritenersi che la dichiarazione di inammissibilità dell'azione di classe non pregiudichi la proponibilità di altra azione di classe da parte di soggetti diversi da quelli per i quali è intervenuta la dichiarazione di inammissibilità. Peraltro, una volta che, in ipotesi, la nuova azione di classe dovesse essere dichiarata ammissibile, si riapre la possibilità, per chi fosse stato destinatario di una dichiarazione di inammissibilità e non abbia, successivamente a quella dichiarazione, proposto la domanda risarcitoria in via individuale come pure, per le ragioni suesposte, deve ritenersi possibile - di aderire alla azione di classe nel termine indicato dal tribunale ai sensi del citato comma 9 dell'art. 140-bis.

7. - In conclusione, deve ritenersi che, allorquando l'azione di classe di cui al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 140 bis, sia finalizzata ad ottenere la tutela risarcitoria di un pregiudizio subito dai singoli appartenenti alla classe e non anche un interesse collettivo, l'ordinanza d'inammissibilità adottata dalla corte d'appello in sede di reclamo non è impugnabile con ricorso straordinario ex art. 111 Cost., comma 7, essendo il medesimo diritto suscettibile di tutela attraverso l'azione individuale finalizzata ad ottenere il risarcimento del danno. La dichiarazione di inammissibilità preclude altresì la riproposizione dell'azione da parte dei medesimi soggetti ma non da parte di chi non abbia aderito all'azione oggetto di quella dichiarazione.

8. - Il ricorso deve quindi essere dichiarato inammissibile.

La sussistenza di un contrasto, anche solo potenziale, sul punto giustifica la compensazione delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte dichiara il ricorso inammissibile; compensa tra le parti le spese del giudizio di cassazione.
Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, il 26 gennaio 2016.
Depositato in Cancelleria il 1 febbraio 2017.

DIRITTO ALLA RISERVATEZZA - DIRITTI DELLA PERSONALITÀ - RISERVATEZZA - TRATTAMENTO E COMUNICAZIONE DI DATI SENSIBILI - NOZIONI E MODALITÀ - DATI INDICATIVI DELLA CONDIZIONE DI SALUTE DEL TITOLARE.

CASS. CIV., SEZ. I, ORD., 9 FEBBRAIO 2017, N. 3456

La Prima Sezione Civile ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione della causa alle Sezioni Unite Civili in relazione al contrasto sorto all'interno delle Sezioni Ordinarie in ordine alle nozioni e alle modalità di trattamento e di comunicazione di dati sensibili, con particolare riferimento a quei dati che possano essere indicativi delle condizioni di salute del titolare.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONE
PRIMA CIVILE
Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. SALVAGO Salvatore - Presidente -
Dott. GIANCOLA Maria Cristina - Consigliere –
Dott. CAMPANILE Pietro - rel. Consigliere -
Dott. SAMBITO Maria Giovanna Concetta - Consigliere –
Dott. LAMORGESE Antonio - Consigliere - ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso proposto da:

V.A., elettivamente domiciliata in Roma, viale Gorizia, n. 22, nello studio dell'avv. Cristiano Toschi; rappresentata e difesa dagli avv.ti Michele Scolamiero ed Emilio Mignone, giusta procura speciale in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

REGIONE CAMPANIA, elettivamente domiciliata in Roma, via Poli, n. 29, nello studio dell'avv. Paola Parente, che la rappresenta e difende, giusta procura speciale a margine del controricorso;

- controricorrente –

e contro UNICREDIT S.P.A., elettivamente domiciliata in Roma, via degli Scipioni, n. 268/a, nello studio dell'avv. Marco Filesi; rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Napolitano, giusta procura speciale in calce al controricorso;

- controricorrente -

e contro GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI;

- intimato -

avverso la sentenza del Tribunale di Napoli, n. 13744, depositata il 20 dicembre 2011; sentita la relazione svolta alla pubblica udienza dell'11 ottobre 2016 dal consigliere dott. Pietro Campanile;

sentiti per la ricorrente l'avv. Scolamiero;

Udite le richieste del Procuratore Generale, in persona del sostituto dott. CAPASSO LUCIO, il quale ha concluso per la rimessione alle Sezioni unite, o, in subordine, per il rigetto.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con ricorso proposto ai sensi del *D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, art. 152*, la signora V.A. conveniva dinanzi al Tribunale di Napoli la Regione Campania, la S.p.a. Unicredit Banca di Roma, ora Unicredit S.p.a. ed il Garante per la protezione dei dati personali; premetteva di beneficiare di un indennizzo ai sensi della L. 25 febbraio 1992, n. 210, che veniva pagato dalla Regione Campania mediante accredito sul proprio conto corrente, presso una filiale della banca suddetta.
Deduceva poi che, nel disporre il pagamento per via telematica, la Regione aveva indicato il titolo del pagamento mediante la seguente annotazione: "pagamento ratei arretrati bimestrali e posticipati.. L. n. 210 del 1992"; e che con la stessa dizione la banca aveva contraddistinto il relativo "movimento" nell'estratto conto cartaceo inviatogli.

1.1. La suddetta indicazione - in quanto idonea a rivelare il proprio stato di salute - costituiva, a criterio della ricorrente, un illegittimo trattamento di dati personali, che aveva causato un danno, in relazione al quale chiedeva la condanna della Regione e della banca al relativo risarcimento, nonché alla rimozione del dato divulgato ed all'adozione delle misure idonee a prevenirne l'ulteriore divulgazione.

1.2. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale di Napoli ha rigettato la domanda. In particolare, all'esito di una complessiva ricognizione della normativa di riferimento, è stato affermato che, pur costituendo la citazione della "L. n. 210 del 1992" nella causale di accredito un dato sensibile, perché rivelatore dello stato di salute della beneficiaria del pagamen-

to, non era ravvisabile nella specie un'illecita diffusione dello stesso, ai sensi del *D.Lgs n. 196 del 2003*, in quanto la comunicazione del pagamento era stata effettuata dalla Regione a un soggetto determinato, ovvero all'istituto di credito designato dalla stessa interessata, sulla base di un rapporto di conto corrente con lo stesso intrattenuto.

1.3. Esclusi, quindi, profili di illegittimità nella condotta dell'ente pubblico, si è aggiunto che il riferimento della parte ricorrente all'illecita detenzione del dato da parte della banca non trovava riscontro nella tipizzazione del trattamento dei dai personali contenuta nel richiamato laddove la descrizione della c.d. causale del bonifico era avvenuta sulla base di un preciso obbligo contrattuale, vale a dire in esecuzione di una delega ricevuta proprio dalla parte ricorrente.

1.4 - Per la cassazione di tale decisione la sig.ra V. propone ricorso, affidato ad unico e articolato motivo, cui la Regione Campania e la S.p.a. Banco di Napoli resistono con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

2. Con unico e articolato motivo la ricorrente deduce che con la decisione impugnata sarebbero stati violati i principi desumibili dalla normativa intesa alla protezione dei dati personali, con particolare riferimento *al D.Lgs. n. 196 del 2003*, artt. 1, 4, 11, 15, 18, 20, 22 e 68: il giudice del merito non avrebbe opportunamente considerato la distinzione tra dati personali, dati sensibili e dati giudiziari, obliterando la necessità, quanto a questi ultimi, di un trattamento con tecniche di cifratura o mediante l'identificazione di codici identificativi o di altre soluzioni che, considerato il numero e la natura dei dati trattati, li rendano temporaneamente inintelligibili anche a chi è autorizzato ad accedervi e permettono di identificare gli interessati solo in caso di necessità (D.*Lgs. n. 196 del 2003, art. 22, comma 6*).

Il riferimento al R.D. n. 827 del 1924, art. 409 secondo cui i mandati di pagamento debbono contenere la precisa indicazione dell'oggetto della spesa, sarebbe inadeguato, dovendosi tale norma interpretare alla luce del quadro normativo delineato dal *citato D.Lgs. n. 196 del 2003* e dal rilievo attribuito alla tutela del diritto alla protezione dei dati personali (Carta dei diritti del cittadino europeo), cui la pubblica amministrazione prima, e la banca dopo, avrebbero dovuto conformarsi, adottando, nel trattare e nel trasmettere il dato inerente allo stato di salute del ricorrente, gli accorgimenti suggeriti dal citato decreto (in particolare, art. 18, art. 22, comma 6).

3. In relazione alla fattispecie in esame si è determinato un contrasto nella giurisprudenza di questa Corte.

4. Con decisione n. 10947 del 19 maggio 2014 questa sezione, dopo aver ricostruito l'evoluzione del quadro normativo in materia di tutela dei dati personali, ha rilevato che il

D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 2 precisa che il trattamento dei dati personali deve svolgersi nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, con particolare riferimento alla riservatezza e alla identità personale.

Ha quindi osservato: "Particolare tutela deve essere assicurata ai dati c.d. sensibili: al riguardo, viene, tra l'altro, in considerazione, accanto alla protezione della riservatezza, la tutela della salute, ad essa strettamente collegata (un riscontro ulteriore della circolarità stretta, nei contenuti, dei diritti della personalità) (al riguardo, Cass. n. 19635 del 2011; 18980 del 2013). E infatti se la tutela più circoscritta dell'integrità fisica di cui all'art. 5 c.c. richiama gli aspetti esteriori della condizione del soggetto ed è valore eminentemente statico, la salute si configura, al contrario, come nozione relativa e dinamica, coinvolgendo soprattutto gli aspetti interiori, come avvertiti e vissuti in concreto dal soggetto, valore non solo da garantire ma da promuovere ed accrescere, secondo le indicazioni degli artt. 2.3 e 32 Cost.". Si è aggiunto che "l'art. 4, relativo appunto ai dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale dell'interessato: è dato personale ogni informazione relativa al soggetto, individuabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale. Ai sensi dell'art. 22, gli enti pubblici sono tenuti a conformare il trattamento dei dati sensibili, secondo modalità volte a prevenire violazioni di diritti, delle libertà fondamentali e della dignità dell'interessato, soltanto ove tali dati siano indispensabili per svolgere attività istituzionali che non possono essere adempiute con il trattamento di dati anonimi o personali di diversa natura; in ogni caso i dati idonei a rivelare lo stato di salute non possono essere diffusi. Lo stesso articolo, al comma 6, stabilisce che tali dati devono essere trattati con tecniche di cifratura o mediante codici identificativi che li rendano temporaneamente inintelligibili a chi è autorizzato ad accedervi".
In riferimento, quindi, a fattispecie sovrapponibile a quella in esame è stato quindi affermato: "Il dato, che la Regione ha rivelato e la Banca ha riportato, riguardava la L. n. 210 del 1992, che riconosce il diritto ad un indennizzo a chi abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie, una menomazione permanente dell'integrità psicofisica o a chi risulti contagiato da infezioni HIV, a seguito di somministrazione di sangue o derivati, nonché gli operatori sanitari che, in occasione e durante il servizio, abbiano riportato danni permanenti, conseguenti ad infezione a seguito di contatto con sangue o derivati provenienti da soggetti affetti da HIV. Da quanto osservato emerge l'illegittimo trattamento dei dati, della Regione e della Banca, che, secondo le indicazioni dell'art. 22, avrebbero dovuto rispettivamente diffondere e conservare i dati stessi, utilizzando cifrature o numeri di codice non identificabili".

5. Con sentenza in data 20 maggio 2015, n. 10280 la terza sezione di questa Corte, ponendosi consapevolmente in contrasto con la suindicata decisione, ha escluso, in relazione a identica fattispecie, che siano riscontrabili violazioni delle disposizioni contenute nel citato *D.Lgs. n. 196 del 2003*.

6. In primo luogo è stato escluso che la dizione "indennizzo ex lege n. 210 del 1992", inserita dalla Regione Campania e dalla Banca - rispettivamente - nell'ordine di bonifico e nell'estratto-conto, fosse un dato sensibile, perché idoneo a rivelare lo stato di salute del creditore, in quanto le provvidenze previste dalla L. n. 210 del 1992 sono erogate a due categorie di persone: a coloro che hanno patito una infezione per effetto di trasfusione o vaccinazione; ai prossimi congiunti di persone decedute a causa dell'infezione da trasfusione o vaccinazione. Poiché i beneficiari appartenenti alla seconda categoria sono sani, l'informazione secondo cui taluno sia percettore di un "assegno ex L. n. 210 del 1992", da sola, sarebbe "inidonea a rivelare lo stato di salute del percettore, giacché l'erogazione potrebbe avvenire tanto in via diretta, quanto in via - per così dire - di "reversibilità", ed in questo secondo caso l'elargizione dipende non da una malattia dell'accipiens, ma da una malattia del suo dante causa".

6.1. Appare opportuno rilevare sin d'ora che tale osservazione, che attiene a un aspetto, di per sé risolutivo, non esaminato nella prima decisione, non appare condivisibile, in quanto la citata L. n. 210 del 1992 attribuisce ai congiunti della persona deceduta a seguito di contagio una somma "una tantum", mentre il pagamento dei ratei "arretrati bimestrali e posticipati 2, cui si riferisce la causale di accredito in esame, appare inequivocabilmente destinato a un soggetto, cui unicamente compete il pagamento dei ratei in esame, che abbia riportato una menomazione permanente dell'integrità psicofisica o risulti contagiato da infezioni HIV. L'indicazione, per come formulata, riguarda un dato sensibile, e come tale è facilmente percepibile.

7. E' stato poi rilevato che per "diffusione" deve intendersi "il dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione", laddove la comunicazione del dato sensibile ad un soggetto determinato non costituisce "diffusione", neppure considerando la pluralità dei soggetti, nell'ambito della Banca, che ne sarebbe venuta a conoscenza, in quanto la norma non distingue, quanto ai destinatari della comunicazione, la persona fisica da quella giuridica, e sarebbe "inesigibile, da parte di chi trasmette dati sensibili" ad una persona giuridica, che opera attraverso i suoi organi, la previa identificazione della persona fisica cui indirizzare la comunicazione.
E' stata poi giudicata erronea l'affermazione secondo cui la condotta della Regione sarebbe stata illegittima, per violazione del *D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 22, comma 6*, riferibile solo ai dati contenuti in banche dati o registri elettronici, nonché ai fini della gestione ed interrogazione degli stessi, come reso evidente dal riferimento alle persone "autorizzate ad accedervi".

7.1. Osservato che il senso della norma sarebbe quello di impedire che, attraverso la consultazione d'una banca dati per fini di lavoro, studio o ricerca, possano essere identificati i titolari dei dati inseriti nella banca stessa, è stato quindi rilevato che la Regione aveva "sempli-

cemente effettuato un pagamento ed indicato la causale", al di fuori del campo d'applicazione del *D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 22, comma 6*.

8. E' stato escluso, quanto alla banca, che la stessa avrebbe compiuto un "trattamento" illegittimo dei dati, perché anch'essa avrebbe dovuto provvedere a "cifrare" i dati sensibili riguardanti la parte titolare del conto corrente.

8.1. In proposito si è rilevato che alla banca, soggetto privato, non si applica l'obbligo di cifratura imposto dal *D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 22, comma 6*, ai soli soggetti pubblici; che "l'invio d'un estratto conto non costituisce un "trattamento di dati personali effettuato con strumenti elettronici", ed, infine, che la comunicazione a un cliente di dati personali riguardanti il cliente stesso non costituisce "trattamento" di dati sensibili.

9. E' stato quindi escluso che sia l'ente pubblico che la banca avessero tenuto una condotta illecita, per tre ragioni: perché non costituisce violazione delle norme sulla riservatezza comunicare dati sensibili ad un terzo rappresentante dei titolare, e da questi indicato come destinatario della comunicazione; perché per la p.a. non costituisce violazione delle norme sulla riservatezza adempiere precisi obblighi di legge; perché per la banca non costituisce violazione delle norme sulla riservatezza adempiere obblighi scaturenti da un contratto.

10. Si è quindi affermato che "le norme sulle tutela dei dati sensibili vanno coordinate e bilanciate da un lato con la norme costituzionali che tutelano altri e prevalenti diritti (tra questi, l'interesse pubblico alla celerità, trasparenza ed efficacia dell'attività amministrativa); e dall'altro con le norme civilistiche in tema di negozi giuridici". La trasmissione di dati dalla banca al cliente non costituirebbe una "comunicazione" ai sensi del *D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 4, comma 1, lett. l)*, poiché tale norma esclude che possa qualificarsi "comunicazione" la trasmissione di dati allo stesso titolare; né potrebbe ravvisarsi una "comunicazione" nella trasmissione dei dati dalla Regione alla banca, in quanto, in virtù del rapporto contrattuale di conto corrente la seconda andrebbe qualificata come mandatario con rappresentanza del correntista. L'imputazione del pagamento (c.d. "causale") con la quale la Regione ha contraddistinto l'accredito "vale come compiuta dal debitore (la Regione) direttamente al creditore". "Essendo stata la banca autorizzata preventivamente dalla correntista a ricevere il pagamento e conseguentemente le dichiarazioni che l'accompagnino, queste dichiarazioni debbono considerarsi compiute direttamente al correntista". Poiché il diritto alla riservatezza è un diritto disponibile, "colui il quale nomina un mandatario, un rappresentante od un *adiectus solutionis causa* per ricevere un pagamento e le dichiarazioni ad esso necessariamente connesse, manifesta per ciò solo la volontà di accettare che quelle dichiarazioni possano essere rese alla persona indicata".

11. Si è quindi osservato, che, pur richiedendo il trattamento di dati sensibili da parte della p.a., anche se necessario per i propri fini istituzionali, una norma di legge che lo autorizzi (art. 20, comma 1), anche a voler ritenere che nella specie la comunicazione riguardasse

"dati sensibili", essa sarebbe stata comunque lecita, in quanto autorizzata ai sensi del R.D. n. 827 del 1924, art. 409, del *D.Lgs. 10 agosto 2000, n. 267, art. 185*, nonché del Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali 16/12/2009, n. 5 (in Gazzetta Uff. 18/01/2010, n. 13), il quale ha autorizzato il trattamento di dati sensibili per fini previdenziali da parte delle banche. Al di là della liceità dell'indicazione, correlata alla sua obbligatorietà, è stato affermato che la comunicazione non richiedeva alcun consenso da parte del titolare dei dati sensibili, escluso dallo stesso *D.Lgs. n. 196 del 2003* quando il trattamento è necessario per adempiere un obbligo previsto dalla legge o dal contratto.

12. Ad avviso del Collegio, indipendentemente dal diverso grado di approfondimento, nelle decisioni sopra richiamate, della normativa di riferimento, sussiste un insanabile contrasto, per altro in merito a questioni estremamente rilevanti, sulla definizione delle nozioni di trattamento e di comunicazione dei dati sensibili (cfr. anche Cass., 29 maggio 2015, n. 11223), nonché sulla esigenza di traguardare la normativa richiamata nella decisione impugnata e in quella di questa Corte n. 10280 del 2015, anche con riferimento alle modalità del trattamento e alla comunicazione dei dati sensibili (attraverso cifratura o altri accorgimenti), al lume delle esigenze sottese alla protezione dei dati personali.

Gli atti pertanto vanno trasmessi al Primo Presidente affinché valuti l'opportunità di demandare alle Sezioni Unite di questa Corte la risoluzione del contrasto in merito alle questioni sopra indicate, che per altro si ritengono di particolare importanza.

P.Q.M.

La Corte dispone la rimessione degli atti al Primo Presidente della Corte per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374 c.p.c., comma 2.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della sezione Prima civile della Suprema Corte di Cassazione, il 11 ottobre 2016.
Depositato in Cancelleria il 9 febbraio 2017.

DIRITTO ALLA RISERVATEZZA - DIRITTI DELLA PERSONALITÀ - RISERVATEZZA - TRATTAMENTO E COMUNICAZIONE DI DATI SENSIBILI - NOZIONI E MODALITÀ - DATI INDICATIVI DELLA CONDIZIONE DI SALUTE DEL TITOLARE.

CASS. CIV., SEZ. I, ORD., 9 FEBBRAIO 2017, N. 3455

La Prima Sezione Civile ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione della causa alle Sezioni Unite Civili in relazione al contrasto sorto all'interno delle Sezioni Ordinarie in ordine alle nozioni e alle modalità di trattamento e di comunicazione di dati sensibili, con particolare riferimento a quei dati che possano essere indicativi delle condizioni di salute del titolare.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE
Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. SALVAGO Salvatore - Presidente -
Dott. GIANCOLA Maria Cristina - Consigliere –
Dott. CAMPANILE Pietro - rel. Consigliere -
Dott. SAMBITO Maria Giovanna Concetta - Consigliere –
Dott. LAMORGESE Antonio - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA INTERLOCUTORIA
sul ricorso proposto da:

C.M., elettivamente domiciliato in Roma, viale Gorizia, n. 22, nello studio dell'avv. Cristiano Toschi; rappresentato e difeso dagli avv.ti Michele Scolamiero ed Emilio Mignone, giusta procura speciale in calce al ricorso;

- ricorrente –

Contro

REGIONE CAMPANIA, elettivamente domiciliata in Roma, via Poli, n. 29, nello studio dell'avv. Paola Parenti, che la rappresenta e difende, giusta procura speciale a margine del controricorso;

- controricorrente –

e contro

BANCO DI NAPOLI S.P.A. elettivamente domiciliata in Roma, largo di Torre Argentina, n. 11, nello studio dell'avv. Dario Martella; rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Pastore Carbone, giusta procura speciale in calce al controricorso;

- controricorrente –

e contro

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI;

- intimato –

avverso la sentenza del Tribunale di Napoli, n.5389, depositata il 10 maggio 2012;

sentita la relazione svolta alla pubblica udienza dell'11 ottobre 2016 dal consigliere dott. Pietro Campanile;

sentiti per il ricorrente l'avv. Scolamiero;
sentito per il Banco di Napoli S.p.a. l'avv. Pastore Carbone;

Udite le richieste del Procuratore Generale, in persona del sostituto Dott. Lucio Capasso, il quale ha concluso per la rimessione alle Sezioni unite, o, in subordine, per il rigetto.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con ricorso proposto ai sensi del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, art. 152, il Signor C.M. conveniva dinanzi al Tribunale di Napoli la Regione Campania, la S.p.a. Banco di Napoli ed il Garante per la protezione dei dati personali; premetteva di beneficiare di un indennizzo ai sensi della L. 25 febbraio 1992, n. 210, che veniva pagato dalla Regione Campania mediante accredito sul proprio conto corrente, presso una filiale del Banco di Napoli.

Deduceva poi che, nel disporre il pagamento per via telematica, la Regione aveva indicato il titolo del pagamento mediante la seguente annotazione: "pagamento ratei arretrati bimestrali e posticipati.. L. n. 210 del 1992"; e che con la stessa dizione la banca aveva contraddistinto il relativo "movimento" nell'estratto conto cartaceo inviatogli.

1.1. La suddetta indicazione - in quanto idonea a rivelare il proprio stato di salute - costituiva, a criterio del ricorrente, un illegittimo trattamento di dati personali, che aveva causato un danno, in relazione al quale chiedeva la condanna della Regione e della banca al relativo

risarcimento, nonché alla rimozione del dato divulgato ed all'adozione delle misure idonee a prevenirne l'ulteriore divulgazione.

1.2. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale di Napoli ha rigettato la domanda. In particolare, all'esito di una complessiva ricognizione della normativa di riferimento, è stato affermato che, pur costituendo la citazione della "L. n. 210 del 1992", nella causale di accredito un dato sensibile, perchè rivelatore dello stato di salute del beneficiario del pagamento, non era ravvisabile nella specie un'illecita diffusione dello stesso, ai sensi del D.Lgs. n. 196 del 2003, in quanto la comunicazione del pagamento era stata effettuata dalla Regione a un soggetto determinato, ovvero all'istituto di credito designato dallo stesso interessato, sulla base di un rapporto di conto corrente con lo stesso intrattenuto.

1.3. Esclusi, quindi, profili di illegittimità nella condotta dell'ente pubblico, si è aggiunto che il riferimento della parte ricorrente all'illecita detenzione del dato da parte della banca non trovava riscontro nella tipizzazione del trattamento dei dai personali contenuta nel richiamato D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 4, laddove la descrizione della c.d. causale del bonifico era avvenuta sulla base di un preciso obbligo contrattuale, vale a dire in esecuzione di una delega ricevuta proprio dalla parte ricorrente.

1.4 Per la cassazione di tale decisione il sig. C. propone ricorso, affidato ad unico e articolato motivo, cui la Regione Campania e la S.p.a. Banco di Napoli resistono con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

2. Con unico e articolato motivo il ricorrente deduce che con la decisione impugnata sarebbero stati violati i principi desumibili dalla normativa intesa alla protezione dei dati personali, con particolare riferimento al D.Lgs. n. 196 del 2003, artt. 1, 4, 11, 15, 18, 20, 22 e 68: il giudice del merito non avrebbe opportunamente considerato la distinzione tra dati personali, dati sensibili e dati giudiziari, obliterando la necessità, quanto a questi ultimi, di un trattamento con tecniche di cifratura o mediante l'identificazione di codici identificativi o di altre soluzioni che, considerato il numero e la natura dei dati trattati, li rendano temporaneamente inintelligibili anche a chi è autorizzato ad accedervi e permettono di identificare gli interessati solo in caso di necessità (D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 22, comma *6*).

Il riferimento al R.D. n. 827 del 1924, art. 409, secondo cui i mandati di pagamento debbono contenere la precisa indicazione dell'oggetto della spesa, sarebbe inadeguato, dovendosi tale norma interpretare alla luce del quadro normativo delineato dal citato D.Lgs. n. 196 del 2003, e dal rilievo attribuito alla tutela del diritto alla protezione dei dati personali (Carta dei diritti del cittadino Europeo), cui la pubblica amministrazione prima, e la banca dopo, avrebbero dovuto conformarsi adottando, nel trattare e nel trasmettere il dato inerente allo

stato di salute del ricorrente, gli accorgimenti suggeriti dal citato decreto (in particolare, art. 18, 22, comma 6).

3. In relazione alla fattispecie in esame si è determinato un contrasto nella giurisprudenza di questa Corte.

4. Con decisione n. 10947 del 19 maggio 2014 questa sezione, dopo aver ricostruito l'evoluzione del quadro normativo in materia di tutela dei dati personali, ha rilevato che il D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 2, precisa che il trattamento dei dati personali deve svolgersi nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, con particolare riferimento alla riservatezza e alla identità personale.

Ha quindi osservato: "Particolare tutela deve essere assicurata ai dati c.d. sensibili: al riguardo, viene, tra l'altro, in considerazione, accanto alla protezione della riservatezza, la tutela della salute, ad essa strettamente collegata (un riscontro ulteriore della circolarità stretta, nei contenuti, dei diritti della personalità) (al riguardo, Cass. n. 19635 del 2011; 18980 del 2013). E infatti se la tutela più circoscritta dell'integrità fisica di cui all'art. 5 c.c., richiama gli aspetti esteriori della condizione del soggetto ed è valore eminentemente statico, la salute si configura, al contrario, come nozione relativa e dinamica, coinvolgendo soprattutto gli aspetti interiori, come avvertiti e vissuti in concreto dal soggetto, valore non solo da garantire ma da promuovere ed accrescere, secondo le indicazioni dell'art. 2 Cost., comma 3, e art. 32 Cost.". Si è aggiunto che "l'art. 4, relativo appunto ai dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale dell'interessato: è dato personale ogni informazione relativa al soggetto, individuabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale. Ai sensi dell'art. 22, gli enti pubblici sono tenuti a conformare il trattamento dei dati sensibili, secondo modalità volte a prevenire violazioni di diritti, delle libertà fondamentali e della dignità dell'interessato, soltanto ove tali dati siano indispensabili per svolgere attività istituzionali che non possono essere adempiute con il trattamento di dati anonimi o personali di diversa natura; in ogni caso i dati idonei a rivelare lo stato di salute non possono essere diffusi. Lo stesso articolo, al comma 6, stabilisce che tali dati devono essere trattati con tecniche di cifratura o mediante codici identificativi che li rendano temporaneamente inintellegibili a chi è autorizzato ad accedervi".

In riferimento, quindi, a fattispecie sovrapponibile a quella in esame è stato quindi osservato: "Il dato, che la Regione ha rivelato e la Banca ha riportato, riguardava la L. n. 210 del 1992, che riconosce il diritto ad un indennizzo a chi abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie, una menomazione permanente dell'integrità psicofisica o a chi risulti contagiato da infezioni HIV, a seguito di somministrazione di sangue o derivati, nonché gli operatori sanitari che, in occasione e durante il servizio, abbiano riportato danni permanenti, conseguenti ad infezione a seguito di contatto con sangue o derivati provenienti da soggetti affetti da HIV. Da quanto osservato emerge l'illegittimo trattamento dei dati, della Regione e

della Banca, che, secondo le indicazioni dell'art. 22, avrebbero dovuto rispettivamente diffondere e conservare i dati stessi, utilizzando cifrature o numeri di codice non identificabili".

5. Con sentenza in data 20 maggio 2015, n. 10280 la terza sezione di questa Corte, ponendosi consapevolmente in contrasto con la suindicata decisione, ha escluso, in relazione a identica fattispecie, che siano riscontrabili violazioni delle disposizioni contenute nel citato D.Lgs. n. 196 del 2003.

6. In primo luogo è stato escluso che la dizione "indennizzo ex L. n. 210 del 1992", inserita dalla Regione Campania e dal Banco di Napoli - rispettivamente - nell'ordine di bonifico e nell'estratto-conto, fosse un dato sensibile, perché idoneo a rivelare lo stato di salute del creditore, in quanto le provvidenze previste dalla L. n. 210 del 1992, sono erogate a due categorie di persone: a coloro che hanno patito una infezione per effetto di trasfusione o vaccinazione; ai prossimi congiunti di persone decedute a causa dell'infezione da trasfusione o vaccinazione. Poiché i beneficiari appartenenti alla seconda categoria sono sani, l'informazione secondo cui taluno sia percettore di un "assegno ex L. n. 210 del 1992", da sola, sarebbe "inidonea a rivelare lo stato di salute del percettore, giacchè l'erogazione potrebbe avvenire tanto in via diretta, quanto in via - per così dire - di "reversibilità", ed in questo secondo caso l'elargizione dipende non da una malattia dell'accipiens, ma da una malattia del suo dante causa".

6.1. Appare opportuno rilevare sin d'ora che tale osservazione, che attiene a un aspetto, di per sè risolutivo, non esaminato nella prima decisione, non appare condivisibile, in quanto la citata L. n. 210 del 1992 attribuisce ai congiunti della persona deceduta a seguito di contagio una somma "una tantum", mentre il pagamento dei ratei "arretrati bimestrali e posticipati", cui si riferisce la causale di accredito in esame, appare inequivocabilmente destinato a un soggetto, cui unicamente compete il pagamento dei ratei in esame, che abbia riportato una menomazione permanente dell'integrità psicofisica o risulti contagiato da infezioni HIV. L'indicazione, per come formulata, riguarda un dato sensibile, e come tale è facilmente percepibile.

7 E' stato poi rilevato che per "diffusione" deve intendersi "il dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione", laddove la comunicazione del dato sensibile ad un soggetto determinato non costituisce "diffusione", neppure considerando la pluralità dei soggetti, nell'ambito della Banca, che ne sarebbe venuta a conoscenza, in quanto la norma non distingua, quanto ai destinatari della comunicazione, la persona fisica da quella giuridica, e sarebbe "inesigibile, da parte di chi trasmette dati sensibili" ad una persona giuridica, che opera attraverso i suoi organi, la previa identificazione della persona fisica cui indirizzare la comunicazione.

8. E' stata poi giudicata erronea l'affermazione secondo cui la condotta della Regione sarebbe stata illegittima, per violazione del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 22, comma 6, riferibile solo ai dati contenuti in banche dati o registri elettronici, nonchè ai fini della gestione ed interrogazione degli stessi, come reso evidente dal riferimento alle persone "autorizzate ad accedervi".

7.1. Osservato che il senso della norma sarebbe quello di impedire che, attraverso la consultazione d'una banca dati per fini di lavoro, studio o ricerca, possano essere identificati i titolari dei dati inseriti nella banca stessa, è stato quindi rilevato che la Regione aveva "semplicemente effettuato un pagamento ed indicato la causale", al di fuori del campo di applicazione del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 22, comma 6.

8. E' stato escluso, quanto alla banca, che la stessa avrebbe compiuto un "trattamento" illegittimo dei dati, perché anch'essa avrebbe dovuto provvedere a "cifrare" i dati sensibili riguardanti la parte titolare del conto corrente.
8.1. In proposito si è rilevato che alla banca, soggetto privato, non si applica l'obbligo di cifratura imposto dal D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 22, comma 6, ai soli soggetti pubblici; che "l'invio d'un estratto conto non costituisce un "trattamento di dati personali effettuato con strumenti elettronici", ed, infine, che la comunicazione a un cliente di dati personali riguardanti il cliente stesso non costituisce "trattamento" di dati sensibili.

9. E' stato quindi escluso che sia l'ente pubblico che la banca avessero tenuto una condotta illecita, per tre ragioni: perchè non costituisce violazione delle norme sulla riservatezza comunicare dati sensibili ad un terzo rappresentante dei titolare, e da questi indicato come destinatario della comunicazione; perchè per la p.a. non costituisce violazione delle norme sulla riservatezza adempiere precisi obblighi di legge; perchè per la banca non costituisce violazione delle norme sulla riservatezza adempiere obblighi scaturenti da un contratto.

10. Si è quindi affermato che "le norme sulle tutela dei dati sensibili vanno coordinate e bilanciate da un lato con la norme costituzionali che tutelano altri e prevalenti diritti (tra questi, l'interesse pubblico alla celerità, trasparenza ed efficacia dell'attività amministrativa); e dall'altro con le norme civilistiche in tema di negozi giuridici". La trasmissione di dati dalla banca al cliente non costituirebbe una "comunicazione" ai sensi del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 4, comma 1, lett. l), poichè tale norma esclude che possa qualificarsi "comunicazione" la trasmissione di dati allo stesso titolare; né potrebbe ravvisarsi una "comunicazione" nella trasmissione dei dati dalla Regione alla banca, in quanto, in virtù del rapporto contrattuale di conto corrente la seconda andrebbe qualificata come mandatario con rappresentanza del correntista. L'imputazione del pagamento (c.d. "causale") con la quale la Regione ha contraddistinto l'accredito "vale come compiuta dal debitore (la Regione) direttamente al creditore".

"Essendo stata la banca autorizzata preventivamente dalla correntista a ricevere il pagamento e conseguentemente le dichiarazioni che l'accompagnino, queste dichiarazioni debbono considerarsi compiute direttamente al correntista". Poichè il diritto alla riservatezza è un diritto disponibile, "colui il quale nomina un mandatario, un rappresentante od un adiectus solutionis causa per ricevere un pagamento e le dichiarazioni ad esso necessariamente connesse, manifesta per ciò solo la volontà di accettare che quelle dichiarazioni possano essere rese alla persona indicata.

11. Si è quindi osservato, che, pur richiedendo il trattamento di dati sensibili da parte della p.a., anche se necessario per i propri fini istituzionali, una norma di legge che lo autorizzi (art. 20, comma 1), anche a voler ritenere che nella specie la comunicazione riguardasse "dati sensibili", essa sarebbe stata comunque lecita, in quanto autorizzata ai sensi del R.D. n. 827 del 1924, art. 409, del D.Lgs. 10 agosto 2000, n. 267, art. 185, nonchè del Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali 16/12/2009, n. 5 (in Gazzetta Uff. 18/01/2010, n. 13), il quale ha autorizzato il trattamento di dati sensibili per fini previdenziali da parte delle banche. Al di là della liceità dell'indicazione, correlata alla sua obbligatorietà, è stato affermato che la comunicazione non richiedeva alcun consenso da parte del titolare dei dati sensibili, escluso dallo stesso D.Lgs. n. 196 del 2003, quando il trattamento è necessario per adempiere un obbligo previsto dalla legge o dal contratto.

12. Ad avviso del Collegio, indipendentemente dal diverso grado di approfondimento, nelle decisioni sopra richiamate, della normativa di riferimento, sussiste un insanabile contrasto, per altro in merito a questioni estremamente rilevanti, sulla definizione delle nozioni di trattamento e di comunicazione dei dati sensibili (cfr. anche Cass., 29 maggio 2015, n. 11223), nonchè sulla esigenza di traguardare la normativa richiamata nella decisione impugnata e in quella di questa Corte n. 10280 del 2015, anche con riferimento alle modalità del trattamento e alla comunicazione dei dati sensibili (attraverso cifratura o altri accorgimenti) al lume delle esigenze sottese alla protezione dei dati personali.

Gli atti pertanto vanno trasmessi al Primo Presidente affinchè valuti l'opportunità di demandare alle Sezioni Unite di questa Corte la risoluzione del contrasto in merito alle questioni sopra indicate, che per altro si ritengono di particolare importanza.

P.Q.M.

La Corte dispone la rimessione degli atti al Primo Presidente della Corte per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374 c.p.c., comma 2.
Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Prima Civile della Suprema Corte di Cassazione, il 11 ottobre 2016.
Depositato in Cancelleria il 9 febbraio 2017.

CONTRATTO PRELIMINARE - ESECUZIONE SPECIFICA DELL'OBBLIGO DI CONCLUDERE IL CONTRATTO.

CASS. CIV., SEZ. II, 27 FEBBRAIO 2017, N. 4939

Con riguardo al preliminare di vendita di immobile da costruire, e per il caso in cui detto bene venga realizzato con vizi o difformità, che non lo rendano oggettivamente diverso, per struttura e funzione, ma incidano solo sul suo valore, ovvero su secondarie modalità di godimento, deve ritenersi che il promissario acquirente, a fronte dell'inadempimento del promittente venditore, non resta soggetto alla sola alternativa della risoluzione del contratto o dell'accettazione senza riserve della cosa viziata o difforme, ma può esperire l' azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo, a norma dell'art. 2932 cod. civ., chiedendo, contestualmente e cumulativamente, la riduzione del prezzo, tenuto conto che il particolare rimedio offerto dal citato art. 2932 cod. civ. non esaurisce la tutela della parte adempiente, secondo i principi generali dei contratti a prestazioni corrispettive, e che una pronuncia del giudice, che tenga luogo del contratto non concluso, fissando un prezzo inferiore a quello pattuito con il preliminare, configura un legittimo intervento riequilibrativi delle contrapposte prestazioni, rivolto ad assicurare che l'interesse del promissario alla sostanziale conservazione degli impegni assunti non sia eluso da fatti ascrivibili al promittente.
La parte non inadempiente che abbia proposto la domanda ai sensi dell'art. 2932, cod. civ., in caso di sopravvenuta in eseguibilità di parte della prestazione, può limitare la sua pretesa alla porzione residua del bene, purché questo non debba considerarsi, a motivo della usa riduzione, diverso da quello pattuito in contratto ed abbia conservato perciò la sua struttura e la sua funzione. La dichiarazione d'inammissibilità di una tale necessitata variazione renderebbe illogicamente inoperanti gli artt. 1258 e 1464, procurando un irragionevole effetto discriminatorio a seconda che l'impossibilità parziale venga a configurarsi o meno in corso di causa.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SECONDA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sig.ri Magistrati:

Dott. MATERA Lina	- Presidente -
Dott. LOMBARDO Luigi Giovanni	- Consigliere -
Dott. ORICCHIO Antonio	- Consigliere -
Dott. CORRENTI Vincenzo	- Consigliere -
Dott. GRASSO Giuseppe	- rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 24366/2012 proposto da: C.A., (OMISSIS), elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE GIULIO CESARE 59, presso lo studio dell'avvocato LINDA MARIA DI RICO, rappresentata e difesa dagli avvocati FRANCESCO SENESE, LUIGI CANALE;
- ricorrente –
contro
S.L., S.D., S.I., elettivamente domiciliati in ROMA, VIA A.BAIAMONTI 10, presso lo studio dell'avvocato PASQUALE PONTORIERO, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato AGOSTINO CARDUCCI;
- controricorrenti –
e contro
COMUNE TERRACINA;
-intimato-
avverso

la sentenza n. 2161/2012 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 20/04/2012; udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 01/12/2016 dal Consigliere Dott. GIUSEPPE GRASSO; udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CAPASSO Lucio, che ha concluso per il rigetto del 1 motivo, accoglimento del 2 motivo assorbiti i restanti motivi del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Tribunale di Latina, con sentenza parziale n. 2019 del 5/8/2004, decidendo sulla la domanda spiegata da C.A. nei confronti del comune di Terracina e di S.D., S.L. e S.I., con la quale aveva chiesto trasferirsi la proprietà di un appartamento con annesso giardino, già assegnato dal predetto Comune ai S. e da costoro promessogli in vendita, dichiarò inammissibile la domanda spiegata nei confronti del Comune, in quanto ripropositiva di analoga domanda avanzata dagli assegnatari, sulla quale era intervenuta sentenza definitiva, che aveva disposto il trasferimento, con esclusione del giardino. Dichiarò, inoltre inammissibile la domanda attorea, introdotta nel corso del giudizio, costituente per quel Giudice *mutatio libelli*, con la quale la C. aveva chiesto trasferirsi in suo favore, e nei confronti dei S., la proprietà del solo appartamento, previa riduzione del prezzo. Risolse,
inoltre, per impossibilità sopravvenuta, rigettando la domanda di risoluzione per inadempimento dei promittenti venditori, il contratto preliminare intercorso fra quest'ultimi e la C.. Condannò i S. al pagamento in favore della C. della somma di Euro 43.898,83, oltre interessi dalla domanda, a titolo di restituzione del prezzo e di rimborso delle spese di straordinaria manutenzione affrontate. Con la sentenza definitiva n. 703, depositata il 26/4/2007 venne, poi, disattesa la domanda riconvenzionale dei convenuti, con la quale era stato richiesto pagamento d'indennizzo ex art. 2041, c.c., per il godimento dell'immobile in forza del risolto preliminare; nonchè quella risarcitoria dell'attrice, diretta al rimborso di spese di manutenzione ordinaria e straordinaria. La Corte d'appello di Roma, con sentenza deposita-

ta il 20/4/2012, rigettato l'appello principale proposto dalla C., in parziale riforma della sentenza definitiva di primo grado, condannò costei al pagamento di somma di denaro a titolo di restituzione dei frutti civili, compensando fra le parti le spese di lite del doppio grado. Avverso quest'ultima decisione ricorre per cassazione la C.. Resistono con controricorso i S..

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo il primo motivo la ricorrente allega violazione degli artt. 1256, 1258 e 1362 c.c., rassegnando, peraltro, correlazione, oltre che con l'art. 360 c.p.c., n. 3, anche con il n. 5. Assume, nella sostanza, la C. che la circostanza che i promittenti alienanti avessero visto riconoscere nei confronti del comune di Terracina (che aveva assegnato l'alloggio a costoro, succeduti a congiunta) solo il diritto di proprietà sull'appartamento, escluso il giardino, non aveva reso la prestazione impossibile. Invero, anche a voler ritenere lo stesso pertinenza dell'alloggio, si era in presenza solo di una parziale impossibilità sopravvenuta e la parte debitrice era tenuta ad adempiere eseguendo la prestazione rimasta possibile, ai sensi dell'art. 1258 c.c.. Trattavisi di un contratto preliminare con patto di futura vendita nel quale, nel rispetto del criterio cardine di cui all'art. 1362 c.c., l'oggetto determinante del consenso era costituto dall'alloggio, nel mentre il trasferimento del giardino, che appariva ipotetico sin dall'inizio, era condizionato allo sviluppo di eventi futuri ed incerti. La doglianza è fondata. Non è dubbio che la prestazione dei promittenti alienanti è divenuta impossibile solo in parte (per il giardino). Non consta che nel giudizio di merito si sia appurato che una tale parziale impossibilità abbia privato della sua ragion d'essere il negozio, con la conseguenza che non emergono ostacoli a ritenere la prestazione parziale liberatoria per la parte debitrice (art. 1258 c.c.) e soddisfattiva, previa decurtazione del prezzo, per la parte creditrice (art. 1464 c.c.). Scandaglio questo quanto mai necessario tenuto conto della natura, incidenza e qualità del bene la cui cessione era divenuta impossibile (giardinetto accessorio all'appartamento) e dei principi regolanti la materia. Invero, l'impossibilità parziale ha effetto risolutivo sol quando, avuto riguardo all'interesse delle parti, investa l'essenza stessa dell'operazione negoziale, privando il resto, in parte significativa, di utilità o, comunque, mutando significativamente lo scopo perseguito con il negozio, apprezzabile attraverso le regole ermeneutiche di cui l'art. 1362 c.c. e segg.. In linea con quanto sopra affermato si pone arresto a S.U., che con riguardo al preliminare di vendita di immobile da costruire, e per il caso in cui detto bene venga realizzato con vizi o difformità, che non lo rendano oggettivamente diverso, per struttura e funzione, ma incidano solo sul suo valore, ovvero su secondarie modalità di godimento, deve ritenersi che il promissario acquirente, a fronte dell'inadempimento del promittente venditore, non resta soggetto alla sola alternativa della risoluzione del contratto o dell'accettazione senza riserve della cosa viziata o difforme, ma può esperire la azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo, a norma dell'art. 2932 c.c., chiedendo, contestualmente e cumulativamente, la riduzione del prezzo, tenuto conto che il particolare rimedio offerto dal citato art. 2932 c.c., non esaurisce la tutela della parte adempiente, secondo i principi generali dei contratti a prestazioni corrispetti-

ve, e che una pronuncia del giudice, che tenga luogo del contratto non concluso, fissando un prezzo inferiore a quello pattuito con il preliminare, configura un legittimo intervento riequilibrativi delle contrapposte prestazioni, rivolto ad assicurare che l'interesse del promissario alla sostanziale conservazione degli impegni assunti non sia eluso da fatti ascrivibili al promittente (S.U. n. 1720 del 27/2/1985, Rv. 439679). Con il secondo motivo la ricorrente allega violazione degli artt. 1464 e 2932 c.c., artt. 112 e 115 c.p.c., rassegnando, peraltro, correlazione, oltre che con l'art. 360 c.p.c. , n. 3, anche con il n. 5. Dopo "il decorso temporale previsto ex artt. 183 e 184 c.p.c. ", assume il ricorso, era avvenuto il passaggio in giudicato della sentenza n. 309/07, depositata il 7/3/1997, con la quale, accolta la domanda di trasferimento dell'alloggio comunale in favore dei S., era stata rigettata la pretesa di costoro riguardante il giardino. Di conseguenza, era sopraggiunta la necessità per la odierna ricorrente (art. 1464 c.c.) di emendare il libello. La Corte territoriale, dopo aver correttamente escluso che si trattasse di mutatio, aveva illogicamente affermato la inammissibilità della emendatio, non rendendosi conto che l'impossibilità parziale era insorta solo con il passaggio in giudicato della predetta sentenza, maturato per la mancata impugnazione ex art. 327 C.P.C.. Inoltre, si soggiunge, "la richiesta di rideterminazione del prezzo di cui al preliminare formulata a seguito dell'impossibilità parziale sopravvenuta tenuto conto della natura giuridica del contratto preliminare di cui si controverte identificabile nella ipotesi di cui all'art. 1478 c.c., trova la sua legittima applicazione in quanto dal legislatore disposto con l'art. 1464 c.c., la cui normativa deve ritenersi applicabile in deroga a quanto sancito dagli artt. 183 e 184 c.p.c., allorquando, per effetto di una intervenuta parziale impossibilità, nel corso del giudizio, della prestazione dopo le preclusioni sancite dalle norme citate, si rende necessario stabilire il riequilibrio sinallagmatico del contratto". Il motivo è fondato. Quando la prestazione è divenuta parzialmente impossibile, l'altra parte, salvo il diritto al recesso (ove ne ricorre il caso), ha diritto ad una riduzione del prezzo (art. 1464 c.c.) e, per converso, verrà fornita solo quella parte della prestazione non divenuta impossibile. Nel caso di specie il trasferimento del giardino si è conclamato impossibile in corso di causa, una volta divenuta irrevocabile la statuizione giudiziaria che ebbe a dichiarare che i promittenti alienanti non avevano il diritto ad acquisirlo unitamente all'alloggio dall'Ente territoriale, e dopo decorso il termine processuale di cui all'art. 183 C.P.C. (la contestazione della successione temporale da parte dei resistenti non può essere presa in considerazione in quanto generica). Incontroversa la natura di mera modifica della domanda (sul punto la, peraltro corretta, qualificazione della Corte territoriale non risulta aver formato oggetto di censura), la presa d'atto dell'impossibilità di far luogo al trasferimento forzoso del giardino, poiché non acquisito dai promittenti alienanti, ha importato la riduzione della domanda (solo trasferimento dell'appartamento), con contestuale riduzione del prezzo, stante che la parte non inadempiente che abbia proposto la domanda ai sensi dell'art. 2932 c.c., in caso di sopravvenuta in eseguibilità di parte della prestazione, può limitare la sua pretesa alla porzione residua del bene, purché questo non debba considerarsi, a motivo della usa riduzione, diverso da quello pattuito in contratto ed abbia conservato perciò la sua struttura e la sua funzione (Sez. 2, n. 5066 del 29/4/1993, Rv. 482161). La dichiarazione d'inammissibilità di

una tale necessitata variazione renderebbe illogicamente inoperanti gli artt. 1258 e 1464, procurando un irragionevole effetto discriminatorio a seconda che l'impossibilità parziale venga a configurarsi o meno in corso di causa. Con il terzo motivo si denuncia la violazione degli artt. 1458 e 1224 c.c., rassegnando, peraltro, correlazione, oltre che con l'art. 360 C.P.C., n. 3, anche con il n. 5. La Corte di Roma aveva errato nella quantificazione delle spese da rimborsare, oltre al prezzo pagato. In primo luogo l'affermazione che "la somma tra il capitale e gli interessi è pari ad Euro 53.755,22 superiore alla somma rivalutata", priva di qualsivoglia argomentazione esplicativa, non poteva soddisfare il paradigma motivazionale. In secondo luogo, il riferimento al cumulo puro e semplice fra interessi e rivalutazione a riguardo di un credito di valuta, tenuto conto dell'efficacia restitutoria scaturente dagli artt. 1453 e 1458 c.c., non era condivisibile; avendo la parte adempiente domandato anche la liquidazione del danno, ad essa spettava la rivalutazione della somma pecuniaria da restituire. Con il quarto motivo viene dedotta la violazione degli artt. 112 e 345 c.p.c., rassegnando, peraltro, correlazione, oltre che con l'art. 360 c.p.c., n. 3, anche con il n. 5. La domanda restitutoria (dei frutti) proposta dalla controparte solo con l'appello incidentale avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile, nel mentre al giudice non è consentito, disposta la risoluzione, e nonostante il suo effetto retroattivo, disporre d'ufficio sul punto. Invero, in primo grado era stata avanzata la ben diversa domanda d'ingiusto arricchimento, che il Giudice d'appello non avrebbe potuto immutare in quella di cui all'art. 1458 c.c., violando l'art. 112 c.p.c.. Inoltre, S.L., contumace in primo grado, non avrebbe potuto beneficiare dell'altrui domanda. L'accoglimento dei primi due motivi è assorbente degli altri due.
Cassata la sentenza impugnata s'impone rinvio per nuovo giudizio di merito, che tenga conto di quanto sopra esposto e regoli le spese legali anche del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

Accoglie il primo ed il secondo motivo e dichiara assorbiti gli altri;
cassa in relazione ai motivi accolti e rinvia, anche per le spese alla Corte d'appello di Roma, altra sezione.
Così deciso in Roma, il 1 dicembre 2016.
Depositato in Cancelleria il 27 febbraio 2017.

MANTENIMENTO DEI FIGLI - AZIONE DI REGRESSO

CASS. CIV. SEZ. VI - 1, OR., 15 MARZO 2017, N. 6819

Il coniuge che, in costanza di matrimonio, ha integralmente provveduto al mantenimento dei figli ha azione di regresso, nei confronti dell'altro, per il rimborso della quota di spettanza di quest'ultimo. La negazione dell'azione di regresso sarebbe in contrasto con il principio secondo cui, in materia di obbligo di mantenimento, nel comportamento del genitore che adempia da solo alla cura dei figli, è ravvisabile un'ipotesi di gestione di affari, che produce, a carico dell'altro genitore, gli effetti di cui all'art. 2031 c.c., obbligandolo a tenere indenne il "gestore" dalle obbligazioni assunte dal medesimo in nome proprio, ed a rimborsargli tutte le spese necessarie o utili, con gli interessi, dal giorno in cui le stesse sono state sostenute.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE 1

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RAGONESI Vittorio - Presidente -
Dott. CRISTIANO Magda - Consigliere -
Dott. GENOVESE Francesco Antonio - rel. Consigliere -
Dott. DE CHIARA Carlo - Consigliere -
Dott. LAMORGESE Antonio Pietro - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 26297-2015 proposto da:
Avv. OTTONE ALESSANDRO, elettivamente domiciliato in ROMA, PIAZZA CAVOUR presso la CORTE DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso da sè medesimo;
- ricorrente –

contro
D.P.G.;
- intimata –

avverso

la sentenza n. 248/2015 della CORTE D'APPELLO DI PERUGIA emessa il 30/03/2015 e depositata il 22/04/2015;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 21/10/2016 dal Consigliere Relatore Dott. FRANCESCO ANTONIO GENOVESE.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO - MOTIVI DELLA DECISIONE

che il consigliere designato ha depositato, in data 20 luglio 2015, la seguente proposta di definizione, ai sensi dell'art. 380 bis c.p.c.:
"Con sentenza in data 22 aprile 2015, la Corte d'Appello di Perugia, nell'ambito di due giudizi riuniti relativi alla separazione personale degli intestati coniugi e, per quello che qui ancora interessa, ha respinto la domanda di regresso dell' O., proposta contro il coniuge D.P., per il rimborso della quota di spettanza del detto coniuge relativa al mantenimento del figlio minore F. di cui si era preso cura integralmente il padre, O.A., dal 1996 al 2001, non già perchè il periodo del mantenimento era quello compreso tra il matrimonio e la separazione (come aveva erroneamente affermato il primo giudice) ma perchè, ai sensi dell'art. 143 c.c. , gli obblighi erano posti congiuntamente a carico di entrambi coniugi, onde colui che aveva provveduto (nella specie, l' O.) non aveva diritto di regresso verso l'altro.
Avverso la sentenza della Corte d'Appello ha proposto ricorso Alessandro O., con atto notificato il 16 ottobre 2015, sulla base di un unico motivo, con cui denuncia violazione e falsa applicazione degli. artt. 143, 147 e 148 c.c. L'intimata non ha svolto difese.
Il ricorso appare manifestamente fondato atteso che, la negazione del diritto di regresso da parte del coniuge che abbia integralmente adempiuto gli obblighi della coppia genitoriale, è affermazione che contrasta con i contrari principi di diritto posti da questa Corte, e secondo cui:
a) in materia di obbligo di mantenimento dei figli, nel caso in cui il coniuge abbia integralmente adempiuto tale l'obbligo, pure per la quota facente carico all'altro coniuge, è ravvisabile un'ipotesi di gestione di affari, produttiva a carico dell'altro genitore degli effetti di cui all'art. 2031 c.c. , atteso che l'obbligo di mantenimento dei figli sorge per effetto della filiazione. (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 27653 del 2011);
b) il coniuge che abbia integralmente adempiuto l'obbligo di mantenimento dei figli, pure per la quota facente carico all'altro coniuge, è legittimato ad agire "iure proprio" nei confronti di quest'ultimo per il rimborso di detta quota, anche per il periodo anteriore alla domanda, atteso che l'obbligo di mantenimento dei figli sorge per effetto della filiazione e che nell'indicato comportamento del genitore adempiente è ravvisabile un caso di gestione di affari, produttiva a carico dell'altro genitore degli effetti di cui all'art. 2031 c.c.. Quanto agli interessi sul capitale del figlio minore, essi, come in genere i frutti dei beni del medesimo, spettano al genitore esercente la potestà, ai sensi dell'art. 324 c.c., sicchè deve escludersi che il figlio, divenuto maggiorenne, sia legittimato ad agire per il pagamento dei suddetti interessi inerenti al periodo antecedente al raggiungimento della maggiore età. (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 9386 del 1999);
c) il coniuge che abbia integralmente adempiuto l'obbligo di mantenimento dei figli, pure per la quota facente carico all'altro coniuge, è legittimato ad agire "iure proprio" nei confronti di quest'ultimo per il rimborso di detta quota, anche per il periodo anteriore alla domanda, atteso che l'obbligo di mantenimento dei figli sorge per effetto della filiazione e che nell'indicato comportamento del genitore adempiente è ravvisabile un caso di gestione di

affari, produttiva a carico dell'altro genitore degli effetti di cui all'art. 2031 c.c.. Quanto agli interessi sul capitale del figlio minore, essi, come in genere i frutti dei beni del medesimo, spettano al genitore esercente la potestà, ai sensi dell'art. 324 c.c. , sicchè deve escludersi che il figlio, divenuto maggiorenne, sia legittimato ad agire per il pagamento dei suddetti interessi inerenti al periodo antecedente al raggiungimento della maggiore età. (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 10849 del 1996);
In conclusione, il ricorso è manifestamente fondato e deve essere accolto, con la conseguente cassazione, in parte qua, della sentenza impugnata ed il rinvio della causa alla Corte d'Appello di Perugia, in diversa composizione, perchè decida il punto controverso facendo applicazione degli enunciati principi di diritto.
In conclusione, si deve disporre il giudizio camerale ai sensi dell'art. 380-bis c.p.c. e art. 375 c.p.c., n. 5".
Considerato che il Collegio condivide la proposta di definizione della controversia contenuta nella relazione di cui sopra, alla quale risultano essere state mosse solo osservazioni adesive, da parte della ricorrente; che, perciò, il ricorso, manifestamente fondato, deve essere accolto, con la cassazione del decreto impugnato e il rinvio della causa, anche per le spese di questa fase, ad altro giudice che s'individua, in ragione delle considerazioni svolte dal ricorrente nella sua memoria (pluralità di giudici persone fisiche, appartenenti a quell'Ufficio a quo (peraltro, di piccole dimensioni), che in ragione delle funzioni svolte, non necessariamente in grado di appello, si sono già occupate del conflitto coniugale), nella Corte d'appello di Perugia che, nel decidere nuovamente della causa, si atterrà al principio di diritto sopra richiamato.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa il decreto impugnato e rinvia la causa, anche per le spese di questa fase, alla Corte d'appello di Perugia.
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della sezione Sesta - 1 della Corte di Cassazione, dai magistrati sopra indicati, il 21 ottobre 2016.
Depositato in Cancelleria il 15 marzo 2017.

EDILIZIA ED URBANISTICA – VINCOLI ALLA PROPRIETÀ

CONS. ST., SEZ. IV, 17 MARZO 2017, N. 1196.

La destinazione a parcheggio pubblico impressa in base a previsioni di tipo urbanistico, non comportando automaticamente l'ablazione dei suoli ed, anzi, ammettendo la realizzazione anche da parte dei privati, in regime di economia di mercato, delle relative attrezzature destinate all'uso pubblico costituisce vincolo conformativo e non anche espropriativo della privata proprietà per cui la relativa imposizione non necessita della contestuale previsione dell'indennizzo né delle puntuali motivazioni sulle ragioni poste a base della eventuale reiterazione della previsione stessa.

IL CONSIGLIO DI STATO
IN SEDE GIURISDIZIONALE (SEZIONE QUARTA)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1518 del 2016, proposto da: Italo Augusto Daine', Luca Daynè, Ines Daynè, Edilio Lavy, Antonella Lavy, rappresentati e difesi dagli avvocati Nicola Thiebat, Stefano Gattamelata, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via di Monte Fiore 22;
contro

Comune di Aosta, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Lorenzo Sommo, Gianni Maria Saracco, domiciliato *ex* art. 25 cpa presso Segreteria del Consiglio di Stato, in Roma, p.za Capo di Ferro 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VALLE D'AOSTA n. 00093/2015, resa tra le parti, concernente apposizione vincolo a parcheggi sul terreno di proprietà dei ricorrenti.
Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Aosta;
viste le memorie difensive;
visti tutti gli atti della causa;
relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2016 il Con. Andrea Migliozzi e uditi per le parti gli avvocati R. Cuonzo su delega di S. Gattamelata, G. Papetti su delega di G.M. Saracco;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1.Gli appellanti sono comproprietari di un'area sita in Comune di Aosta, in via Lancieri, distinta in catasto al fg 34, mapp.55,912,922, 923, inserita nel PRG comunale in zona B (insediamenti esistenti in zona urbana), sottozona Ba36.
2. Con deliberazione del Consiglio Comunale n.94 del 23 marzo 1995 all'area veniva assegnata una destinazione a parcheggio pubblico e tale vincolo veniva confermato e reiterato con deliberazione consiliare n.65 del 21 marzo 2000, con la denominazione PA1911.
3. Quindi con deliberazione consiliare n. 32 del 18 marzo 2005 il Comune reiterava la destinazione a parcheggio pubblico e il vincolo in questione veniva ancora una volta confermato e reiterato con deliberazione consiliare n. 76 del 25/11/2009 recante l'approvazione della variante generale al PRGC, con la denominazione pa8.
4. Infine, con deliberazione consiliare n. 82 del 16 dicembre 2014 di adozione della variante non sostanziale al PRG il Comune confermava di nuovo il vincolo in questione, con la denominazione papark lancieri zorzetting.
5. Gli interessati presentavano osservazioni avverso la previsione recante la conferma del vincolo de quo e il Comune di Aosta con la deliberazione n. 15 del 23/3/2015 respingeva dette osservazioni e approvava la variante sostanziale di che trattasi.
6. I sigg.ri Dayne` e Lavy hanno impugnato innanzi al Tar della Valle d'Aosta le deliberazioni consiliari di approvazione e di adozione della variante sostanziale al PRG (rispettivamente la n.15/2015 e 82/2014) nella parte in cui reiterano e confermano il vincolo a parcheggio sul terreno di loro proprietà, deducendone la illegittimità con un solo articolato motivo.
7. L'adito Tribunale Amministrativo Regionale con sentenza n. 93/2015 ha respinto il proposto ricorso, ritenendolo infondato sul rilievo che il vincolo in questione avrebbe natura conformativa.
8. Gli interessati hanno impugnato tale sentenza deducendo i seguenti motivi:
1) erroneità della sentenza impugnata in ordine alla qualificazione della natura del vincolo oggetto di causa;
2) riproposizione del motivo di ricorso (non esaminato nella sentenza impugnata) relativo alla illegittimità della reiterazione del vincolo.
9. Si è costituito in giudizio per resistere l'intimato Comune di Aosta.
10.Le parti hanno prodotto memorie difensive a sostegno delle proprie posizioni.
11. All'udienza pubblica del 15 dicembre 2016 la causa è stata introitata per la decisione.
12. L'appello è infondato, meritando l'impugnata sentenza integrale conferma.
13. Dunque gli appellanti, in qualità di comproprietari di un terreno pertinenziale ad un compendio immobiliare sito in via Lancieri nel Comune di Aosta contestano, come già avvenuto in prime cure, la legittimità della determinazione del Consiglio Comunale di quella Città che ha assoggettato detta area a vincolo di parcheggio pubblico, più volte reiterato.
14.In particolare e riassuntivamente, con i mezzi d'impugnazione articolati nei due gradi del giudizio la parte interessata sostiene che il vincolo in questione ha carattere espropriativo, senza che sia stata avviata la procedura ablatoria e senza la previsione di un indennizzo con conseguente svuotamento del diritto di proprietà del bene. Trattandosi inoltre di un vincolo

espropriativo, non accompagnato dalla previsione di un indennizzo, l'efficacia del medesimo vincolo non poteva essere reiterata oltre il termine dei cinque anni e nella specie invece è stato reiterato per ben quattro volte.
15. L'assunto difensivo per quanto pregevolmente esposto non appare condivisibile.
16. Secondo un avviso costante di questa Sezione (cfr. sentenza 1 ottobre 2007 n. 5059) la destinazione a parcheggio pubblico impressa in base a previsioni di tipo urbanistico, non comportando automaticamente l'ablazione dei suoli ed, anzi, ammettendo la realizzazione anche da parte dei privati, in regime di economia di mercato, delle relative attrezzature destinate all'uso pubblico costituisce vincolo conformativo e non anche espropriativo della privata proprietà per cui la relativa imposizione non necessita della contestuale previsione dell'indennizzo ne delle puntuali motivazioni sulle ragioni poste a base della eventuale reiterazione della previsione stessa.
17. Così , questo Consesso ha avuto più volte modo di precisare che va attribuita natura non espropriativa , ma conformativa del diritto di proprietà sui suoli a tutti quei vincoli che non solo non siano esplicitamente preordinati all'esproprio in vista della realizzazione di un'opera pubblica, ma nemmeno si risolvano in una sostanziale ablazione dei suoli medesimi , consentendo al contrario la realizzazione di interventi da parte dei privati (cfr. Cons. Stato sez. IV 7/4/2010 n. 1982; idem 28 /2/1995 n. 693) e ciò in linea con quanto statuito dalla Corte Costituzionale con la nota pronunzia n.179 del 20 maggio 1999 che ha sancito appunto il principio per cui non sono annoverabili tra i vincoli espropriativi quelli derivanti da scelte urbanistiche realizzabili anche attraverso l'iniziativa privata.
18.Ebbene il Collegio oltre ad aderire pienamente al predetto orientamento giurisprudenziale, ritiene che il caso all'esame rientri perfettamente nella *regula iuris* stabilita da questo Consiglio di Stato oltreché dal Giudice della legittimità delle leggi, sussistendo nella specie gli elementi di fatto e di diritto che connotano un vincolo non espropriativo, ma conformativo.
19. Il punto fondamentale nel caso posto all'attenzione del Collegio è quello di verificare se in concreto il vincolo in questione sia l'espressione di una più generale potestà di pianificazione del territorio spettante all'Amministrazione comunale cui è connaturata la facoltà di limitare l'edificabilità su determinate aree a specifiche categorie e tipologie di opere oppure sia il frutto di una specifica determinazione volta a localizzare un'opera pubblica su un'apposita area con conseguente efficacia espropriativa della proprietà di quel terreno.
20. Ora, dalla disamina degli atti di causa si evince chiaramente che la sistemazione dell'area di via Lancieri rientra in un più vasto disegno di sistemazione viaria della zona da attuarsi in sede di adeguamento della viabilità prevista dallo strumento urbanistico generale, avvenuta, con l'attribuzione e la successiva conferma dei vincoli volti appunto a veder realizzati i servizi pubblici , tra cui quello, appunto, di un parcheggio.
Invero, la previsione di che trattasi prende le mosse dalla volontà di revisionare e adeguare lo strumento urbanistico generale relativamente alla individuazione delle aree da assegnare per i servizi pubblici di cui alla deliberazione del Consiglio Comunale n. 32 del 18/3/2005 e la configurazione di tale assetto territoriale trova il suo culmine nelle deliberazioni consiliari

n.82/2014 e 15/2015 rispettivamente di adozione e approvazione della variante non sostanziale al PRGC recanti la ricognizione e la conferma delle aree per sevizi, tipologia che annovera anche i parcheggi pubblici.
21. Appare evidente a questo punto che l'assoggettamento dell'area de qua al vincolo in questione è riconducibile ad una disciplina urbanistica dei suoli fatta dal Comune relativamente ad una zona territoriale, nell'ambito di una discrezionalità rimessa al potere di pianificazione proprio dell'ente locale e senza che tale scelta vada a privare il privato dei diritti dominicali esistente sulle relative aree.
22. V'è di più.
Nella specie, proprio in sede di osservazioni formulate dagli interessati avverso detta destinazione, il Comune ha avuto modo di evidenziare che "la individuazione del servizio è confermata per il soddisfacimento del fabbisogno del quartiere considerata la presenza di un gran numero di attività terziarie" (vedi scheda allegata alla variante non sostanziale dell'ottobre 2014), il che sta a significare la natura di scelta urbanistica di carattere generale collegata alla previsione di un parcheggio pubblico.
Ancora, in base a quanto testè illustrato, l'esistenza del vincolo , come inizialmente apposto e poi via via confermato è in linea con la regola per cui la natura espropriativa o conformativa va verificata non in astratto e non v'è dubbio che con la motivazione sopra esposta il Comune ha dato spiegazione (oltrechè dimostrazione) concreta che la destinazione impressa è frutto di scelta urbanistica senza che si risolva in una sostanziale ablazione (cfr. Cons Stato Sez. IV n. 1982/2010 già citata).
23. In forza di quanto sopra esposto, sul punto occorre concordare con le conclusioni del primo giudice in ordine alla natura conformativa e non espropriativa del vincolo in questione.
Se così è, detto vincolo in quanto non espropriativo non è soggetto a decadenza né ad indennizzo di talchè non possono valere le doglianze pure formulate in via subordinata dalla parte appellante (con il secondo motivo d'impugnazione che rimane pertanto assorbito) stante la circostanza di tipo preclusiva che ha accertato appunto il carattere conformativo di cui sopra, non senza qui sottolineare come la destinazione impressa è stata motivatamente giustificata sia in ordine alla sua iniziale apposizione sia relativamente alla conferma più volte adottata.
24.Conclusivamente l'appello si rivela infondato e va pertanto respinto.
25.Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al vaglio della Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c .
Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque non idonei a supportare una conclusione di segno diverso.
Le spese del presente grado de giudizio seguono la regola della soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.
Condanna la parte appellante al pagamento delle spese del presente grado del giudizio che si liquidano complessivamente in euro 4.000,00 (quattromila//00) oltre gli accessori come per legge.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:
Filippo Patroni Griffi - Presidente
Raffaele Greco - Consigliere
Andrea Migliozzi - Consigliere -Estensore
Leonardo Spagnoletti - Consigliere
Nicola D'Angelo – Consigliere.

NULLITA' DEL CONTRATTO – RILEVABILITÀ OFFICIOSA – GIUDIZIO DI APPELLO

CASS., SEZ. UN., 23 MARZO 2017, N. 7294

Allorquando il giudice di primo grado abbia deciso su pretese che suppongono la validità ed efficacia di un rapporto contrattuale oggetto delle allegazioni introdotte nella controversia, senza che né le parti abbiano discusso né lo stesso giudice abbia prospettato ed esaminato la questione relativa a quella validità ed efficacia, si deve ritenere che la proposizione dell'appello sul riconoscimento della pretesa, poiché tra i fatti costitutivi della stessa, per come riconosciuta dal primo giudice, vi è il contratto, implichi che la questione della sua nullità sia soggetta al potere di rilevazione d'ufficio del giudice, integrando un'eccezione cd. in senso lato, relativa ad un fatto già allegato in primo grado. Ciò, risultava e risulta giustificato, in ognuno dei regimi dell'art. 345 c.p.c. succedutisi nella storia del codice di rito, dalla previsione, sempre rimasta vigente, del potere di rilevazione d'ufficio delle eccezioni soggette a rilievo officioso.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato	- Primo Presidente f.f. -
Dott. AMOROSO Giovanni	- Presidente di Sez. -
Dott. MAZZACANE Vincenzo	- Presidente di Sez. -
Dott. DI IASI Camilla	- Presidente di Sez. -
Dott. PETITTI Stefano	- Presidente di Sez. -
Dott. RAGONESI Vittorio	- Consigliere -
Dott. BIANCHINI Bruno	- Consigliere -
Dott. BRONZINI Giuseppe	- Consigliere -
Dott. FRASCA Raffaele	- rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 968-2015 proposto da:
MO.DER. S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA CARLO PASSAGLIA 14, presso lo studio dell'avvocato MARIA SARA MERLO, rappresentata e difesa dall'avvocato ANTONIO CORSO;
- ricorrente –
contro

G.A.;

- intimato -

avverso
la sentenza della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 13/12/2013;
Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 24/01/2017 dal Consigliere Dott. RAFFAELE FRASCA;
udito il P.M., in persona dell'Avvocato Generale Dott. FUZIO Riccardo, che ha concluso chiedendo il rigetto del secondo motivo del ricorso ed accoglimento del primo.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. La s.r.l. MO.DER ha proposto ricorso per cassazione contro G.A. avverso la sentenza della Corte d'Appello di Napoli del 13 dicembre 2013, che ha parzialmente riformato la sentenza resa in primo grado *inter partes* dal Tribunale di Napoli nel gennaio 2004, con cui era stata parzialmente accolta la domanda, proposta da essa ricorrente nel maggio del 1994 contro il G., riguardo al pagamento del residuo corrispettivo, per l'esecuzione di lavori edili a titolo di appalto, e nel contempo era stata parzialmente accolta per l'importo di Euro 57.016,68 la domanda riconvenzionale, avanzata dal G. a titolo di risarcimento di danni derivanti dall'esistenza di vizi nell'opera oggetto dell'appalto.
2. Con la sentenza qui impugnata, la Corte territoriale, investita dell'appello principale proposto dal G. e di quello incidentale della qui ricorrente, ha - in asserito accoglimento parziale dell'appello principale e sul rilievo che nessun corrispettivo poteva riconoscersi alla ricorrente, ai sensi della L. n. 47 del 1985, art. 6, per essere stata l'opera eseguita in totale difformità dalla concessione edilizia rigettato integralmente la domanda di pagamento del corrispettivo dell'appalto, mentre ha - in asserito accoglimento parziale dell'appello incidentale - rigettato la domanda riconvenzionale del G..
3. Al ricorso, che prospetta tre motivi, di cui il secondo relativo, almeno in tesi, alla giurisdizione, non v'è stata resistenza dell'intimato.
4. La ricorrente ha depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso si deduce "violazione degli artt. 99 e 112 c.p.c. - error in procedendo (art. 360 c.p.c. , n. 4). Falsa applicazione degli artt. 1418 e 1421 c.c. (art. 360 c.p.c. , n. 3)".
Vi si sostiene, da un lato che con l'appello principale contro la statuizione in suo danno il G. aveva prospettato l'esistenza di un inadempimento contrattuale e, quindi, non aveva inteso muovere alcun rilievo, rispetto all'implicita pronuncia di validità del contratto, resa dal Tribunale in primo grado, dall'altro che, nel formulare il suo appello incidentale, la qui ricorrente a sua volta aveva del pari invocato l'accoglimento totale della domanda principale, il che supponeva sempre la validità del contratto.

Se ne desume che, poiché entrambe le parti avevano prestato assenso alla pronuncia implicita di validità del contratto ravvisabile nella decisione di primo grado, il rilievo d'ufficio della nullità del contrato di appalto per violazione di norme imperative, effettuato d'ufficio dalla corte territoriale, si doveva ritenere avvenuto in violazione del detto giudicato.
A sostegno della prospettazione viene invocata innanzitutto Cass. n. 6191 del 2004 e, quindi, Cass. n. 9642 del 2006, n. 18540 del 2009 e 23235 del 2013.
1.1. Il motivo non è fondato.
In tanto è da rilevare che è pertinente rispetto alla prospettazione soltanto Cass. n. 6191 del 2004, di cui viene invocata la seguente parte di motivazione. "Nel giudizio di impugnazione l'ambito dei poteri cognitivi del giudice del gravame è delimitato dai motivi prospettati dalla parte nell'atto di impugnazione, che devono esser correlati alle statuizioni impugnate. Per il giudizio di appello tale principio (*tantum devolutum quantum appellatum*) è codificato negli artt. 342 e 346 cod. proc. civ. Pertanto la regola della rilevabilità d'ufficio della nullità del negozio giuridico in ogni stato e grado del giudizio, statuita dall'art. 1421 cod. civ. , va coordinata sia con il carattere dispositivo del gravame, sia con il principio di disponibilità della prova, sia con la regola della corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato, (artt. 99 e 112 cod. proc. civ.). Ne deriva che il giudice del gravame non può di sua iniziativa dichiarare la nullità di un atto negoziale per un motivo basato su fatti diversi e nuovi rispetto a quelli dedotti da colui che ha proposto impugnazione e perciò estraneo alla materia del contendere. Questo limite al potere del giudice di secondo grado di esaminare la validità del contratto d'ufficio, a fronte di motivi di appello concernenti l'efficacia di esso, incontra poi un'ulteriore preclusione nell'ipotesi in cui la sentenza di primo grado abbia accolto l'azione di condanna esercitata ponendo a fondamento di essa il contratto medesimo, così implicitamente affermandone la validità.".
Cass. n. 9642 del 2006, invece, concerne un caso di attribuzione ad una decisione di primo grado - che aveva dichiarato risolto il contratto, mentre in appello se ne era sostenuta la nullità - del valore preclusivo di tale possibilità.
Cass. n. 18540 del 2009, a sua volta, ritenne precluso al giudice di appello di rilevare d'ufficio la nullità, in presenza di decisione di primo grado dichiarativa della risoluzione del contratto, a motivo della formazione del giudicato implicito, per non essersi alcuna delle parti doluta in appello al riguardo.
Cass. n. 14535 del 2012 ebbe ad affermare che: "Il giudicato, formatosi con la sentenza intervenuta tra le parti, copre il dedotto ed il deducibile in relazione al medesimo oggetto, e cioè non soltanto le ragioni giuridiche e di fatto fatte valere in giudizio, ma anche tutte le possibili questioni, proponibili sia in via di azione, sia in via di eccezione, le quali, sebbene non dedotte specificamente, costituiscono precedenti logici essenziali e necessari della pronuncia" (e, in applicazione del suddetto principio, ritenne l'eccezione di nullità di un contratto di associazione in partecipazione preclusa dal giudicato, avendo il riconoscimento dell'esistenza di un valido contratto ex art. 2549 cod. civ. , costituito il presupposto logico-giuridico della decisione).

Cass. n. 23235 del 2013, in fine, ritenne che il rilievo d'ufficio della nullità del contratto è precluso al giudice quando sulla validità del rapporto si sia formato il giudicato, anche implicito, come allorché il giudice di primo grado, accogliendo una domanda, abbia dimostrato di ritenere valido il contratto, e le parti, in sede di appello, non abbiano mosso alcuna censura inerente la sua validità.
Il principio, tuttavia, venne affermato in una situazione in cui non vi era stato appello sull'accoglimento di detta domanda, inerente a rendiconto ex art. 2552 cod. civ. e si ritenne preclusa la questione sulla validità del contratto di associazione in partecipazione, perché la mancata impugnazione di quell'accoglimento, supponente la validità del contratto comportava che essa fosse stata accertata.
1.2. La giurisprudenza evocata con il motivo, a parte ogni considerazione sulla sua pertinenza e sulla palese discutibilità del precedente del 2004, è inidonea a giustificare l'accoglimento del motivo, avuto riguardo al principio di diritto *espressis verbis* ribadito da Cass., Sez. Un., n. 26242 del 2014, nel senso che "Nel giudizio di appello ed in quello di cassazione, il giudice, in caso di mancata rilevazione officiosa, in primo grado, di una nullità contrattuale, ha sempre facoltà di procedere ad un siffatto rilievo".
Nel caso in esame il rilievo officioso da parte del giudice d'appello, poiché il decisum di primo grado, sebbene basato sulla mancanza di rilevazione della nullità, era stato posto in discussione dai reciproci appelli delle parti, ognuno dei quali implicava comunque la necessità della cognizione del giudice d'appello riguardo al suo modo di essere, era giustificato dalla sua inerenza alla rilevazione di un'eccezione rilevabile d'ufficio sulla base dei fatti di causa oggetto della decisione di primo grado e, per effetto delle impugnazioni, oggetto della devoluzione a quello stesso giudice. Detti fatti, nella prospettazione dell'appellante principale, giustificavano il rigetto della domanda principale, originante dal contratto e relativa al pagamento del corrispettivo, senza mettere in discussione la sua validità, così come non era stata messa in discussione nel giudizi di primo grado, ma, poiché il loro accertamento implicava sempre la valutazione del modo di essere del contratto, la devoluzione di essa al giudice d'appello e, quindi, la possibilità del medesimo, all'esito di essa, di rilevare la nullità, risultava giustificata proprio dall'appello stesso. Analogamente, poiché l'appello incidentale concernente l'accoglimento della riconvenzionale, a sua volta implicava necessariamente la valutazione del modo di essere del contratto, in relazione al quale doveva essere considerata l'esistenza dei vizi invocati, il giudice d'appello, nel procedervi, ha correttamente esercitato il potere officioso di rilevazione della nullità.
Mette conto, in sostanza, di osservare che, allorquando il giudice di primo grado abbia deciso su pretese che suppongono la validità ed efficacia di un rapporto contrattuale oggetto delle allegazioni introdotte nella controversia, senza che né le parti abbiano discusso né lo stesso giudice abbia prospettato ed esaminato la questione relativa a quella validità ed efficacia, si deve ritenere che la proposizione dell'appello sul riconoscimento della pretesa, poiché tra i fatti costitutivi della stessa per come riconosciuta da primo giudice vi è il contratto, implichi che la questione della sua nullità sia soggetta al potere di rilevazione d'ufficio del giudice, integrando un'eccezione c.d. in senso lato, relativa ad un fatto già allegato in primo

grado. Ciò, risultava e risulta giustificato, in ognuno dei regimi dell'art. 345 c.p.c. succedutisi nella storia del codice di rito, dalla previsione, sempre rimasta vigente, del potere di rilevazione d'ufficio delle eccezioni soggette a rilievo officioso.
Il motivo è, pertanto, rigettato.
2. Con il secondo motivo si denuncia "violazione dell'art. 7 del codice amministrativo. Difetto di giurisdizione (n. 1 art. 360 c.p.c.). Falsa applicazione della L. n. 47 del 1985 nonché dell'art. 1418 c.c. (art. 36 c.p.c. , n. 3)".
2.1. La censura relativa alla giurisdizione concerne l'affermazione fatta dalla corte territoriale, riguardo all'assoluta irregolarità della concessione edilizia n. (OMISSIS), in forza della quale era stato assentito il progetto di sopraelevazione dell'immobile già abusivo, per la cui esecuzione era stato stipulato il contratto di appalto. L'affermazione è stata fatta dalla sentenza impugnata quale passaggio argomentativo per giustificare la conclusione circa la nullità del contratto di appalto, in funzione dell'accoglimento dell'appello principale del G.. La censura si concreta nella sola affermazione che "in concreto la Corte di Appello ha sindacato, di ufficio, l'esercizio del potere discrezionale del Comune nell'emissione di un atto amministrativo (conc. Ed. n. (OMISSIS)) deducendone l'illegittimità in evidente difetto di giurisdizione".
L'assoluta genericità della censura ne giustificherebbe la valutazione di inammissibilità per di difetto del requisito di specificità, che riguarda anche il motivo di ricorso per cassazione (ex multis, Cass. n. 4741 del 2005).
2.1.2. Peraltro, il motivo appare manifestamente infondato, in quanto la scarna deduzione su cui si fonda non pone un problema di giurisdizione.
Infatti, è principio consolidato quello secondo cui: "Quando in una controversia tra privati, attinente a diritti soggettivi, il giudice debba vagliare situazioni presentanti aspetti di pubblico interesse o possa trovarsi a scrutinare la legittimità di provvedimenti amministrativi, le questioni che insorgono circa i confini dei poteri al riguardo del giudice ordinario attengono, data l'estraneità della pubblica amministrazione al giudizio, al merito e non alla giurisdizione, investendo l'individuazione dei limiti interni posti dall'ordinamento alle attribuzioni del giudice ordinario (divieto di annullare, modificare o revocare il provvedimento amministrativo, ai sensi della L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 4, all. E). (ex multis, Cass. sez. un. n. 6887 del 2003; anteriormente Cass. sez. un. n. 99 del 2000).
Nella specie la corte territoriale, nell'esprimere la valutazione sulla citata concessione, poiché lo ha fatto solo per individuare se la stipulazione del contratto di appalto vertente fra i litiganti, soggetti privati, era valida oppure no, ha compiuto una valutazione che non si è in alcun modo risolta in una invasione della giurisdizione amministrativa.
Né, sebbene il problema attenga al merito ed al di là che non vi sarebbe stata censura in proposito, la corte territoriale - lo si osserva per completezza - ha esercitato poteri in violazione dell'art. 4 della legge abolitiva, essendosi limitata a desumere dalla valutazione della invalidità della concessione solo conseguenze sul negozio fra i privati e non sull'efficacia del provvedimento amministrativo.
2.2. La censura di violazione della L. n. 47 del 1985 e, quindi, dell'art. 1418 c.c. è sostenuta adducendo che essa non conterrebbe "alcun divieto di eseguire opere in sopraelevazione di

un immobile per il quale è in corso di rilascio la concessione in sanatoria" e, quindi, argomentando a conferma di tale assunto dalla previsione dell'art. 35 della legge, là dove consentiva di eseguire il completamento dell'opera oggetto di richiesta di sanatoria decorsi centoventi giorni dalla presentazione della domanda di sanatoria e, comunque, dopo il versamento della prima rata di oblazione: tanto farebbe ragionevolmente ritenere che, nel rispetto della normativa locale (riguardo alla quale la corte territoriale non aveva dubbi sul fatto che ostacolassero il rilascio della concessione), il comune avrebbe potuto autorizzare la sopraelevazione dell'opera, "se per questa è da prefigurarsi quasi certamente il rilascio della concessione in sanatoria".
Sulla base di tali deduzioni si sostiene che l'affermazione della sentenza impugnata che "l'immobile non può che ritenersi urbanisticamente illegittimo se l'iter non si conclude con esito positivo con il rilascio del provvedimento finale", si sarebbe basata sul rilievo di un vizio urbanistico inesistente.
2.2.1. La censura non può essere accolta.
In tanto, essa si fonda su un assunto, quello che l'esecuzione delle opere oggetto dell'appalto fosse avvenuta "in corso di rilascio della concessione in sanatoria", poi effettivamente rilasciata il 10 aprile 2003, per come dice la sentenza.
Senonché, riguardo a tale assunto non fornice alcuna indicazione di dove e come sarebbe emerso nel corso del giudizio di merito, con la conseguenza che appare inutile verificare se la prospettazione svolta nel motivo sia corretta in iure.
Peraltro, poiché la sentenza impugnata - evocando, con il riportane il principio di diritto, espressamente Cass. n. 3913 del 2009 (secondo cui: "L'illiceità del contratto di appalto per la costruzione di un immobile senza concessione edilizia sussiste solo qualora l'appalto sia eseguito in carenza di concessione, e non anche nel caso in cui la concessione sia rilasciata dopo la data di stipula ma, comunque, prima della realizzazione dell'opera, non essendo conforme alla "*mens legis*" la sanzione di nullità comminata ad un contratto il cui adempimento, in ossequio al precetto normativo, sia stato intenzionalmente posposto al previo ottenimento della concessione o autorizzazione richiesta, e potendosi tale contratto considerare sospensivamente condizionato, in forza di presupposizione, al previo ottenimento dell'atto amministrativo mancante al momento della stipulazione") ha poi soggiunto che "allorquando nel 2003 è intervenuta la sanatoria per l'originaria edificazione dell'immobile (sul quale erano stati poi autorizzati i successivi lavori di cui alla concessione n. (OMISSIS)) l'appalto aveva ormai avuto integrale esecuzione, onde permane l'illiceità del contratto di appalto". La corte, dunque, non ha ignorato il valore della sopravvenienza della concessione in sanatoria, ma - senza che le sue affermazioni siano state sottoposte a critica dalla ricorrente - ha affermato che un valore di elisione della illiceità urbanistica della concessione, i cui lavori vennero eseguiti con l'appalto, non si poteva configurare perché la sopravvenienza era intervenuta quando l'esecuzione dell'appalto era ormai conclusa e da tanto ne ha desunto l'ininfluenza.
La censura svolta dalla ricorrente risulta, dunque, anche priva di rilievo perché inidonea a scalfire tale motivazione, che andava criticata.

3. Con il terzo motivo si prospetta "omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussone tra le parti (art. 360 c.p.c. , n. 5). Violazione dell'art. 1419 c.c. (art. 360 c.p.c. , n. 3)".
Il preteso fatto decisivo, di cui si assume omesso l'esame viene identificato, evocando due brevi periodi dell'atto di appello del G., nella circostanza che con quest'ultimo il medesimo imputando "alla società appaltatrice la modifica degli interni e la destinazione ad abitazione del sottotetto, riconoscendo la legittimità della restante opera, chiedeva l'eliminazione di quanto risultava in contrasto con la concessione edilizia".
La decisività di tale "fatto" viene prospettata nel senso che, se la corte territoriale l'avesse considerato avrebbe dovuto "concludere che l'originario contratto e le opere eseguite in virtù dello stesso dovevano considerarsi intangibili; nel senso che non poteva configurarsi alcuna nullità del contratto de quo, per cui l'appaltatrice aveva diritto al pagamento delle opere legittimamente eseguite". Con la conseguenza che, per i lavori riconosciuti eseguiti correttamente nel verbale del 4 agosto 1993 dal G., il corrispettivo si sarebbe dovuto ritenere dovuto e semmai, avrebbe potuto rilevarsi una nullità ai sensi dell'art. 1419 c.c. solo riguardo ai patti successivi, per tali dovendosi intendere solo "le variazioni interne nel primo piano e nel sottotetto", mentre sarebbero rimaste "fuori le opere eseguite per il completamento del paino terra, consentite dalla L. n. 47 del 1985, art. 35, nonché quella del piazzale, indicata nel verbale del 4.9.93, per i quali non era prevista la concessione edilizia". Dopo tali asserti, si dice testualmente - ed in modo anodino - che "così delineati i fatti decisivi, si osserva che circa l'applicazione della sanzione di nullità per tali patti si è usato il condizionale". E, quindi, si riporta il contenuto di una non meglio identificata memoria difensiva per quattro pagine. In essa risultano evocate una perizia di parte del G. ed alcune convenzioni. Dopo la riproduzione della memoria si dice che la Corte territoriale non avrebbe tenuto conto di rilievi della memoria in relazione all'art. 1419 c.c. , che si dicono "richiamati e ribaditi anche per evidenziare che, alla luce della normativa suindicata, è da escludere quella "totale difformità" affermata dalla sentenza impugnata.".
3.1. Il motivo presenta nella prima parte una prospettazione, con cui si vorrebbe desumere che la corte territoriale non avrebbe potuto dichiarare la nullità del contratto di appalto nella sua interezza, in ragione del tenore dell'appello svolto dal G..
Senonché, l'assunto è del tutto incompatibile con il potere di rilevazione della nullità del contratto per violazione di norme imperative che ha esercitato quella corte, per un verso - con una prima motivazione - in ragione della invalidità della concessione n. (OMISSIS) e della irrilevanza della sanatoria del 10 aprile 2003 e, per altro verso in ragione del rilievo, aggiuntivo e, quindi, integrante una motivazione alternativa, con cui ha osservato (a partire dal 19 rigo della pagina 4) che la difformità di quanto in concreto era stato realizzato "rispetto alle licenze e concessioni rilasciate" ridondava nella fattispecie della totale difformità e per questo determinava la nullità dell'appalto, che ha affermato evocando Cass. n. 2187 del 2011.

Non è dato invero comprendere come il potere di rilevazione della nullità dell'intero contratto di appalto, affidato ex officio al giudice, potesse risentire del tenore dell'appello e, quindi, della prospettazione del G..
L'assunto si risolve in una surrettizia riproposizione della tesi svolta nel primo motivo, che è già stata disattesa.
Ne segue l'assoluta irrilevanza di quanto poi argomentato, non senza che debba rilevarsi che: a) si evoca direttamene il verbale del 4 agosto 1993 ed altri atti nominati nella memoria riprodotta, senza fornirne la localizzazione in funzione dell'indicazione specifica di cui all'art. 366 c.p.c. , n. 6; b) la stessa memoria non solo non viene localizzata, ma, a non ne viene identificata la collocazione temporale nello svolgimento processuale; c) non si spiega che cosa in essa sarebbe stato funzionale alla limitazione del potere di dichiarazione della nullità, sicché l'assunto risulta anche del tutto privo di attività dimostrativa.
4. Il ricorso è, conclusivamente, rigettato.
5. Non è luogo a provvedere sulle spese del giudizio di cassazione.
Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater, si deve dare atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma del comma 1-bis del citato art. 13.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Nulla per le spese del giudizio di cassazione. Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma del comma 1-bis del citato art. 13.
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 24 gennaio 2017.
Depositato in Cancelleria il 22 marzo 2017.

OPERE DI RISTRUTTURAZIONE EDILIZIA - INTERVENTI MANUTENTIVI O MODIFICATIVI DI LUNGA DURATA SU IMMOBILI PREESISTENTI - ART. 1669 C.C. – APPLICABILITÀ

CASS. CIV. SEZ. UN., 27MARZO 2017, N. 7756

L' art. 1669 c.c. è applicabile, ricorrendone tutte le altre condizioni, anche alle opere di ristrutturazione edilizia e, in genere, agli interventi manutentivi o modificativi di lunga durata su immobili preesistenti, che (rovinino o) presentino (evidente pericolo di rovina o) gravi difetti incidenti sul godimento e sulla normale utilizzazione del bene, secondo la destinazione propria di quest'ultimo.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. DI PALMA Salvatore - Primo Presidente f.f. -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di Sezione -
Dott. DIDONE Antonio - Presidente di Sezione -
Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Presidente di Sezione -
Dott. NAPPI Aniello - Consigliere -
Dott. CRISTIANO Magda - Consigliere -
Dott. CHINDEMI Domenico - Consigliere -
Dott. MANNA Felice - rel. Consigliere -
Dott. BERRINO Umberto - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 4435/2013 proposto da: L.L., R.G., G.R., A.P., RO.LO., P.M., r.c., T.O., N.M.A., B.M., elettivamente domiciliati in ROMA, VIA DEL BANCO DI SANTO SPIRITO 48, presso lo studio dell'avvocato AUGUSTO D'OTTAVI, che li rappresenta e difende, per procura speciale del notaio dott. S.T. di Pesaro, rep. (OMISSIS) del 17/02/2016, in atti;
- ricorrenti -

contro

SOCIETA' P.F. & C. S.N.C., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEGLI SCIPIONI 268/A, presso lo studio dell'avvocato GIANLUCA CAPOROSSI, rappresentata e difesa dagli avvocati MAURIZIO DELLA COSTANZA e CLAUDIA CARDENA', per delega in calce al controricorso;
- controricorrente -

e contro

FONTE SAJANO S.R.L. IN LIQUIDAZIONE, EDILCENTRO S.R.L.; - intimati

avverso la sentenza n. 463/2012 della CORTE D'APPELLO di ANCONA, depositata il 12/07/2012; udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 10/01/2017 dal Consigliere Dott. FELICE MANNA; uditi gli avvocati Augusto D'OTTAVI e Claudia CARDENA'; udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. IACOVIELLO Francesco Mauro, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Gli odierni ricorrenti, partecipanti tutti al condominio di via (OMISSIS), convenivano in giudizio innanzi al locale Tribunale la società venditrice Fonte Sajano s.r.l. e la società P.F. e C. s.n.c., che su incarico di quest'ultima aveva eseguito sull'edificio interventi di ristrutturazione edilizia. Domandavano la condanna delle società convenute, in solido tra loro, al risarcimento dei danni consistenti in un esteso quadro fessurativo esterno ed interno delle pareti del fabbricato ed altri gravi difetti di costruzione. Nel resistere in giudizio entrambe le convenute chiamavano in causa la società che aveva eseguito gli intonaci, la Edilcentro s.r.l., per esserne tenute indenni. Nella contumacia della società chiamata in causa, il Tribunale, ritenuta la ricorrenza di gravi difetti dell'opera, accoglieva la domanda e condannava le società convenute al pagamento della somma di Euro 71.503,50, a titolo di responsabilità per danni ex art. 1669 c.c.. Impugnata dalla P.F. e C. s.n.c., tale decisione era ribaltata dalla Corte d'appello di Ancona, che con sentenza pubblicata il 12.7.2012 rigettava la domanda. Richiamato il precedente di Cass. n. 24143/07, la Corte territoriale osservava che ai fini dell'applicazione dell'art. 1669 c.c., la costruzione di un edificio o di altra cosa immobile destinata a lunga durata costituisce presupposto e limite della responsabilità dell'appaltatore. E poichè nella specie erano stati eseguiti solo interventi di ristrutturazione edilizia (con cambiamento di destinazione d'uso da ufficio ad abitazione), comprendenti la realizzazione di nuovi balconi ai primi due piani, di una scala in cemento armato e di nuovi solai ai sottotetti, non si trattava della nuova costruzione di un'immobile, ma di una mera ristrutturazione. Di qui l'inapplicabilità della norma anzi detta. La cassazione di questa sentenza è chiesta dagli odierni ricorrenti sulla base di un solo motivo.
Vi resiste con controricorso la P.F. & amp; C. s.n.c.. La Fonte Sajano s.r.l. in liquidazione e la Edilcentro s.r.l. non hanno svolto attività difensiva. La terza sezione civile di questa Corte, ravvisando un contrasto di giurisprudenza sulla riconducibilità all'art. 1669 c.c., anche delle opere edilizie eseguite su di un fabbricato preesistente, ha rimesso la causa al primo Presidente, che l'ha assegnata a queste Sezioni unite. Entrambe le parti, ricorrente e controricorrente, hanno depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con l'unico motivo di ricorso parte ricorrente deduce la "violazione e falsa applicazione dell'art. 1669 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c. , nn. 3 e 5". Espone che la sentenza impugnata avrebbe erroneamente ritenuto che la ristrutturazione edilizia di un fabbricato non possa rientrare nella previsione dell'art. 1669 c.c.; lamenta che la Corte territoriale abbia omesso di motivare sull'entità dei lavori di ristrutturazione del fabbricato, nonchè sulla consistenza e sulla rilevanza dei vizi accertati dal c.t.u.; deduce che) rispetto al caso esaminato da Cass. n. 24143/07, quello in oggetto concerne interventi edilizi di carattere straordinario riconducibili all'ipotesi di cui all'art. 1669 c.c.; e richiama, tra altre pronunce di questa Corte, Cass. n. 18046/12 per affermare che la ridetta norma è applicabile non solo alle nuove costruzioni, ma anche alle opere di ristrutturazione immobiliare e a quelle che siano comunque destinate ad avere lunga durata.
2. - Sotto quest'ultimo profilo, quello dell'ambito oggettivo coperto dall'art. 1669 c.c., l'ordinanza interlocutoria della terza sezione rileva un contrasto nella giurisprudenza di questa Corte (precisamente all'interno della seconda sezione). E senza mostrare di voler prendere partito per l'una o l'altra tesi, quella che esclude o quella che afferma l'applicabilità dell'art. 1669 c.c., anche alle ristrutturazioni immobiliari, ritiene che emerga ad ogni modo un contrasto sui principi di diritto affermati, al di là delle possibili peculiarità "fattuali" delle singole situazioni esaminate. 2.1. - Sulla peculiare questione in oggetto anche la dottrina mostra di dividersi. Pacifica l'applicabilità dell'art. 1669 c.c., ai casi di ricostruzione o di costruzione di una nuova parte dell'immobile, come ad esempio la sopraelevazione, che è essa stessa una "nuova costruzione", prevale l'opinione dell'estensibilità della norma anche alle ipotesi di interventi di tipo manutentivo - modificativo che debbano avere una lunga durata nel tempo. Ciò sia nel caso in cui a seguito delle riparazioni o delle modifiche collassi l'intera e preesistente struttura immobiliare, indipendentemente dall'importanza in sé della parte riparata o modificata, sia ove la rovina o i gravi difetti riguardino direttamente quest'ultima. Ed escluse le riparazioni non di lunga durata, come quelle ordinarie, e quelle aventi ad oggetto parti strutturali anch'esse non destinate a conservarsi nel tempo, deve dunque ammettersi l'applicazione dell'art. 1669 c.c., nelle situazioni inverse. Si osserva da alcuni che, in definitiva, il problema è lo stesso che si presenta allorchè rovini o sia gravemente difettosa soltanto una porzione dell'originario edificio, visto che la stessa norma contempla anche l'ipotesi che l'immobile rovini "in parte". Non solo, ma si ipotizza che la soluzione inversa si presterebbe a dubbi di legittimità costituzionale, considerato che gli artt. 1667 e 1668 c.c., del pari riguardanti la responsabilità dell'appaltatore, si applicano ad opere consistenti in mere modificazioni o riparazioni, mentre l'art. 1669 c.c., restrittivamente inteso condurrebbe, irrazionalmente e in violazione dell'art. 3 Cost., ad applicare l'art. 1667 c.c. , ancorchè l'opera consista, previa demolizione, in una ricostruzione totale o parziale, del tutto sovrapponibile ad una costruzione ex novo. Minoritaria la tesi opposta, che rispetto alla disciplina degli artt. 1667 e 1668 c.c., ravvisa nell'art. 1669 c.c., una norma di carattere speciale. Si afferma che essa, insuscettibile di applicazione analogica, integri una garanzia vera e propria e una disposizione di favore per il committente, motivata dal fatto che nelle opere di lunga durata

alcuni difetti possono presentarsi anche a distanza di molto tempo. L'art. 1669 c.c., riguarderebbe, per tale dottrina, le opere eseguite *ex novo* dalle fondamenta ovvero quelle dotate di propria autonomia in senso tecnico (come ad esempio una sopraelevazione).
3. - La giurisprudenza di questa Corte ha affrontato in maniera esplicita e diretta il tema di cui si discute solo in tre occasioni. O meglio in due, per le ragioni che seguono.
3.1. - La prima con sentenza n. 24143/07. Riferita ad un caso di opere d'impermeabilizzazione e pavimentazione del terrazzo condominiale d'un edificio preesistente, detta pronuncia ha osservato che l'art. 1669 c.c., delimita con una certa evidenza il suo ambito di applicazione alle opere aventi ad oggetto la costruzione di edifici o di altri beni immobili di lunga durata, ivi inclusa la sopraelevazione di un fabbricato preesistente, di cui ravvisa la natura di costruzione nuova ed autonoma.
Non anche, però, le modificazioni o le riparazioni apportate ad un edificio o ad altre preesistenti cose immobili, da identificare a norma dell'art. 812 c.c.. A tale conclusione è pervenuta attraverso l'interpretazione letterale della norma, laddove questa "raccorda il termine "opera" a quello di "edifici o di altre cose immobili, destinate per loro natura a lunga durata", per poi connettere e disciplinare le conseguenze dei vizi costruttivi della medesima opera, così significando che la costruzione di un edificio o di altra cosa immobile, destinata per sua natura a lunga durata, costituisce presupposto e limite di applicazione della responsabilità prevista in capo all'appaltatore". La conseguenza, conclude, è che ove non ricorra la costruzione d'un edificio o di altre cose immobili di lunga durata, ma un'opera di mera riparazione o modificazione su manufatti preesistenti, non è applicabile l'art. 1669 c.c., ma, ricorrendone le condizioni, le norme sulla garanzia *ex* art. 1667 c.c.. Infine, detta sentenza ha escluso che questa Corte Suprema abbia mai affrontato *ex professo* la questione, se non nella vigenza del c.c. del 1865, sotto l'art. 1639 (si tratta della sentenza n. 754 del 1934, la quale nell'escludere l'applicabilità della norma alla copertura con asfalto d'un lastrico solare, si limitò, in realtà, ad affermare unicamente che la norma "ha, come è comune insegnamento, carattere eccezionale, e non può perciò essere estesa fuori dei casi ivi preveduti della fabbricazione di un edificio o d'altra opera notabile": n.d.r.). 3.1.1. - In senso puramente adesivo è la n. 10658/15 (massimata in maniera del tutto conforme), avente ad oggetto lavori di consolidamento di una villetta preesistente che avevano provocato gravi fessurazioni su di un corpo di fabbrica aggiuntovi. A ben vedere, tuttavia, la motivazione chiarisce che il giudice d'appello, ricondotta la fattispecie all'art. 1669 c.c., aveva escluso la responsabilità dell'appaltatore a tale titolo non essendovi prova che questi avesse indicato i lavori da eseguire, né che fosse stato messo al corrente dei difetti strutturali che avevano determinato le lesioni riscontrate. Sicchè, in definitiva, la Corte territoriale aveva escluso sia il nesso eziologico tra le opere eseguite dall'appaltatore e i danni lamentati, sia una colpa di lui. Il consenso prestato a Cass. n. 24143/07 è frutto, dunque, di una considerazione svolta *ad abundantiam* rispetto alla ratio decidendi, basata su altro; il che rende dubbio che detto precedente possa effettivamente militare nell'ambito della tesi negativa.
3.2. - Di segno opposto la sentenza più recente, n. 22553/15, secondo cui risponde ai sensi dell'art. 1669 c.c., anche l'autore di opere realizzate su di un edificio preesistente, allorchè queste incidano sugli elementi essenziali dell'immobile o su elementi secondari rilevanti per

la funzionalità globale. In quella fattispecie, le opere avevano riguardato lavori di straordinaria manutenzione presso uno stabile condominiale, consistiti nel rafforzamento dei solai e delle rampe delle scale (queste ultime ricostruite completamente). Nel darsi carico dei due precedenti massimati di segno contrario all'avviso espresso, detta sentenza ravvisa una "diversa valutazione complessiva delle emergenze fattuali", più che un "contrasto sincrono di giurisprudenza". Afferma, quindi, che la lettura della norma giustifica una diversa impostazione ermeneutica, "perchè non a caso il legislatore discrimina tra edificio o altra cosa immobile destinata a lunga durata, da un lato, e opera, dall'altro. L'opera cui allude la norma non si identifica necessariamente con l'edificio o con la cosa immobile destinata a lunga durata, ma ben può estendersi a qualsiasi intervento, modificativo o riparativo, eseguito successivamente all'originaria costruzione dell'edificio, con la conseguenza che anche il termine compimento, ai fini della delimitazione temporale decennale della responsabilità, ha ad oggetto non già l'edificio in sé considerato, bensì l'opera, eventualmente realizzata successivamente alla costruzione dell'edificio". Ha osservato, inoltre, che "l'etimologia del termine costruzione non necessariamente deve essere ricondotta alla realizzazione iniziale del fabbricato, ma ben può riferirsi alle opere successive realizzate sull'edificio pregresso, che abbiano i requisiti dell'intervento costruttivo". Pertanto, anche "gli autori di tali interventi di modificazione o riparazione possono rispondere ai sensi dell'art. 1669 c.c., allorchè le opere realizzate abbiano una incidenza sensibile sugli elementi essenziali delle strutture dell'edificio ovvero su elementi secondari od accessori, tali da compromettere la funzionalità globale dell'immobile stesso". Per contro, prosegue la sentenza, "nessun valore può essere attribuito con riguardo alla responsabilità di cui all'art. 1669 c.c., alle classificazioni urbanistiche predisposte dal legislatore al diverso fine del recupero di manufatti preesistenti: la differenza dei parametri di riferimento giustifica l'integrale responsabilità dell'appaltatore sia in presenta di interventi di manutenzione straordinaria sia in ipotesi di manutenzione ordinaria ai sensi della L. n. 457 del 1978, art. 31".

3.3. - Invece, Cass. n.

18046/12, richiamata tra altre nel motivo di ricorso, non pare prendere posizione nell'un senso piuttosto che nell'altro, sebbene in quel caso fosse sul tappeto, perchè dedotta dalla ricorrente venditrice - (ri)costruttrice, la differenza tra l'imperfetta realizzazione di immobili di nuova costruzione, rientrante nell'art. 1669 c.c., e i difetti di specifici lavori di ristrutturazione, che sosteneva non riconducibili alla norma. In detta sentenza, infatti, questa Corte ha ritenuto la censura non accoglibile in parte per difetto di autosufficienza, e in parte perchè la pronuncia impugnata faceva riferimento all'inadeguatezza sia dei lavori di completa ristrutturazione compiuti dai venditori a stregua della concessione, sia di quelli di rifinitura, mentre le censure della ricorrente attenevano alla configurabilità, affermata dalla Corte territoriale, della violazione dell'art. 1669 c.c. , in relazione solo a tali ultimi lavori.

4.- Queste Sezioni unite aderiscono all'orientamento meno restrittivo, ritenendolo sostenibile sulla base di ragioni d'interpretazione storico-evolutiva, letterale e teleologica.

4.1. – In primo luogo vale premettere e chiarire che anche opere più limitate, aventi ad oggetto riparazioni straordinarie, ristrutturazioni, restauri o altri interventi di natura immobiliare, possono rovinare o presentare evidente pericolo di rovina del manufatto, tanto nella

porzione riparata o modificata, quanto in quella diversa e preesistente che ne risulti altrimenti coinvolta per ragioni di statica. L'attenzione va, però, soffermata principalmente sull'ipotesi dei "gravi difetti", sia perchè confinaria rispetto al regime ordinario degli artt. 1667 e 1668 c.c., sia per il rilievo specifico che i "gravi difetti" assumono nel caso in oggetto, sia per le ragioni di carattere generale che emergeranno più chiaramente di seguito.
4.2. - Innumerevoli altre volte la giurisprudenza di questa Corte, pur non esaminando in maniera immediata e consapevole la questione in esame, si è occupata dell'art. 1669 c.c., presupponendone (per difetto di contrasto fra le parli o per altre ragioni) l'applicabilità anche in riferimento ad opere limitate. Ed è pervenuta a soluzioni applicative di detta norma che appaiono poter prescindere dalla necessità logica di un'edificazione ab imo o di una costruzione *ex novo*. Si è ritenuto, infatti, che sono gravi difetti dell'opera, rilevanti ai fini dell'art. 1669 c.c. , anche quelli che riguardano elementi secondari ed accessori (come impermeabilizzazioni, rivestimenti, infissi ecc.) purchè tali da compromettere la funzionalità globale dell'opera stessa e che, senza richiedere opere di manutenzione straordinaria, possono essere eliminati solo con interventi di manutenzione ordinaria ai sensi della L. n. 457 del 1978, art. 31, e cioè con "opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione delle finiture degli edifici" o con "opere necessarie per integrare o mantenere in efficienza gli impianti tecnologici esistenti" (sentenze nn. 1164/95 e 14449/99; in senso del tutto analogo e con riferimento a carenze costruttive anche di singole unità immobiliari, v. n. 8140/04, che ha ritenuto costituire grave difetto lo scollamento e la rottura, in misura percentuale notevole rispetto alla superficie rivestita, delle mattonelle del pavimento dei singoli appartamenti; da premesse conformi procedono le nn. 11740/03, 81/00, 456/99, 3301/96 e 1256/95; di un apprezzabile danno alla funzione economica o di una sensibile menomazione della normale possibilità di godimento dell'immobile, in relazione all'utilità cui l'opera è destinata, parlano le sentenze nn. 1393/98, 1154/02, 7992/97, 5103/95, 1081/95, 3644/89, 6619/88, 6229/83, 2523/81, 1178/80, 839/80, 1472/75 e 1394/69). Esemplificando, sono stati inquadrati nell'ambito della norma in oggetto i gravi difetti riguardanti: la pavimentazione interna ed esterna di una rampa di scala e di un muro di recinzione (sentenza n. 2238/12); opere di pavimentazione e di impiantistica (n. 1608/00); infiltrazioni d'acqua, umidità nelle murature e in generale problemi rilevanti d'impermeabilizzazione (nn. 84/13, 21351/05, 117/00, 4692/99, 2260/98, 2775/97, 3301/96, 10218/94, 13112/92, 9081/92, 9082/91, 2431/86, 1427/84, 6741/83, 2858/83,3971/81, 3482/81, 6298/80, 4356/80, 206/79, 2321/77, 1606/76 e 1622/72); un ascensore panoramico esterno ad un edificio (n. 20307/11); l'inefficienza di un impianto idrico (n. 3752/07); l'inadeguatezza recettiva d'una fossa biologica (n. 13106/95); l'impianto centralizzato di riscaldamento (nn. 5002/94, 7924/92, 5252/86 e 2763/84); il crollo o il disfacimento degli intonaci esterni dell'edificio (nn. 6585/86, 4369/82 e 3002/81, 1426/76); il collegamento diretto degli scarichi di acque bianche e dei pluviali discendenti con la condotta fognaria (n. 5147/87); infiltrazioni di acque luride (n. 2070/78). Se ne ricava, inconfutabile nella sua oggettività, un dato di fatto. Nell'economia del ragionamento giuridico sotteso ai casi sopra menzionati, che fa leva sulla compromissione del godimento dell'immobile secondo la sua propria destinazione, è del tutto indifferente che i gravi difetti riguardino una costruzione interamente nuova. La cir-

costanza che le singole fattispecie siano derivate o non dall'edificazione primigenia di un fabbricato non muta i termini logico-giuridici dell'operazione ermeneutica compiuta in ormai quasi mezzo secolo di giurisprudenza, perchè non preordinata al (né dipendente dal) rispetto dell'una o dell'altra opzione esegetica in esame. Spostando l'attenzione sulle componenti non strutturali del risultato costruttivo e sull'incidenza che queste possono avere sul complessivo godimento del bene, la giurisprudenza ha mostrato di porsi dall'angolo visuale degli elementi secondari ed accessori. Questo non implica di necessità propria che si tratti della prima realizzazione dell'immobile, essendo ben possibile che l'*opus* oggetto dell'appalto consista e si esaurisca in questi stessi e soli elementi. Ferma tale angolazione, a fortiori deve ritenersi che ove l'opera appaltata consista in un intervento di più ampio respiro edilizio (come, appunto, una ristrutturazione), quantunque non in una nuova costruzione, l'art. 1669 c.c., sia ugualmente applicabile. In conclusione, considerare anche gli elementi "secondari" ha significato distogliere il *focus* dal momento "fondativo" dell'opera per direzionarlo sui "gravi difetti" di essa; per desumere i quali è stato necessario indagare altro, vale a dire l'aspetto funzionale del prodotto conseguito.

5. - Come la previsione dei "gravi difetti" dell'opera sia il risultato d'un progressivo allontanamento del precetto dal suo nucleo originario, lo dimostra la storia della norma. Derivata dall'art. 1792 del codice napoleonico (il quale stabiliva che "*Si l'edifice construit a prix fait, perit en tout ou en partie par le vice de la construction, meme par le vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont roonsables pendant dix ans*"), essa così recitava sotto l'art. 1639 c.c. del 1865: "Se nel corso di dieci anni dal giorno in cui fu compiuta la fabbricazione di un edificio o di altra opera notabile, l'uno o l'altra rovina in tutto o in parte, o presenta evidente pericolo di rovinare per difetto di costruzione o per vizio del suolo, l'architetto e l'imprenditore ne sono responsabili". Rispetto all'ascendente francese, la norma aveva, dunque, aggiunto un *quid pluris* (cioè le altre opere notabili e il pericolo di rovina). Ma - si noti - aveva mantenuto inalterato il soggetto della seconda proposizione subordinata ("...l'uno o l'altra..."), cioè l'edificio, cui appunto aveva aggiunto "altra opera notabile". Un ulteriore e consapevole passo in avanti è stato operato dal codice civile del 1942, il quale prevede che quando si tratta di edifici o di altre cose immobili destinate per la loro natura a lunga durata, se, nel corso di dieci anni dal compimento, l'opera, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, rovina in tutto o in parte, ovvero presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti, l'appaltatore è responsabile nei confronti del committente e dei suoi aventi causa, purchè sia fatta la denunzia entro un anno dalla scoperta. Si legge nella relazione del Guardasigilli (par. 704): "Innovando poi al codice del 1865 si è creduto di non dover limitare la sfera di applicazione della norma in questione alle sole ipotesi di rovina di tutto o parte dell'opera o di evidente pericolo di rovina, ma si è estesa la garanzia anche alle ipotesi in cui l'opera presenti gravi difetti. Naturalmente questi difetti devono essere molto gravi, oltre che riconoscibili al momento del collaudo, e devono incidere sempre sulla sostanza e sulla stabilità della costruzione, anche se non minacciano immediatamente il crollo di tutta la costruzione o di una parte di essa o non importano evidente pericolo di rovina. Non vi è dubbio che la giurisprudenza farà un'applicazione cauta di questa estensione, in conseguenza del carattere eccezionale della responsabilità dell'appaltatore". (Il riferimento alla riconoscibilità dei gravi

difetti al momento del collaudo è, ad evidenza, un fuor d'opera. Concessa per un decennio, la garanzia *ex* art. 1669 c.c. copre anche e soprattutto i gravi difetti che si manifestino soltanto in progresso di tempo). Come si è visto, però, la postulata eccezionalità dell'art. 1669 c.c., non è valsa ad arginarne l'applicazione. Chiamata a dotare il sintagma "gravi difetti" di un orizzonte di senso, la giurisprudenza ha ovviamente seguito l'unica strada percorribile, quella di stemperare la vaghezza del concetto giuridico al calore dei fatti.

5.1. – Il mutamento di prospettiva nel codice del 1942 è evidente per due ragioni. La prima, d'ordine logico, è che la nozione di "gravi difetti" per la sua ampiezza è omogenea a qualunque opera, edilizia e non, per cui meglio si presta al riferimento, del pari generico, alle altre cose immobili. In secondo luogo, e l'argomento è di indole letterale, mentre nel testo del 1865 il soggetto della seconda proposizione subordinata era l'edificio o altra opera notabile ("l'uno o l'altra"), nella frase che vi corrisponde nell'art. 1669 c.c., il soggetto diviene "l'opera", nozione che rimanda al risultato cui è tenuto l'appaltatore (art. 1655 c.c.). E dunque qualsiasi opera su di un immobile destinato a lunga durata, a prescindere dal fatto che, ove di natura edilizia, essa consista o non in una nuova fabbrica. Ben si comprende, allora, che nell'ampliare il catalogo dei casi di danno rilevante ai sensi dell'art. 1669 c.c., l'aggiunta dei "gravi difetti" ha comportato per trascinamento l'estensione dell'area normativa della disposizione, includendovi qualsiasi opera immobiliare che (per traslato) sia di lunga durata e risulti viziata in grado severo per l'inadeguatezza del suolo o della costruzione. Ne è seguita, coerente nel suo impianto complessivo, l'interpretazione teleologica fornita dalla giurisprudenza, che è andata oltre l'originaria visione dell'art. 1669 c.c., come norma di protezione dell'incolumità pubblica, valorizzando la non meno avvertita esigenza che l'immobile possa essere goduto ed utilizzato in maniera conforme alla sua destinazione. Completano e confermano la validità di tale esito ermeneutico, l'irrazionalità (non conforme ad un'interpretazione costituzionalmente orientata) di un trattamento diverso tra fabbricazione iniziale e ristrutturazione edilizia, questa non diversamente da quella potendo essere foriera dei medesimi gravi pregiudizi; e la pertinente osservazione (v. la richiamata sentenza n. 22553/15) per cui costruire, nel suo significato corrente (oltre che etimologico) implica non l'edificare per la prima volta e dalle fondamenta, ma l'assemblare tra loro parti convenientemente disposte (*cum struere*, cioè ammassare insieme).

6. - Così ricomposta (la storia e) l'esegesi della norma, il vincolo letterale su cui l'interpretazione restrittiva dell'art. 1669 c.c. pretende di fondarsi perde la propria base logico-giuridica. Infatti, riferire l'opera alla "costruzione" e questa a un nuovo fabbricato, inteso quale presupposto e limite della responsabilità aggravata dell'appaltatore (come ritiene Cass. n. 24143/07), non sembra possibile proprio dal punto di vista letterale. Si noti che nel testo della norma il sostantivo "costruzione" rappresenta un *nomen actionis*, nel senso che sta per "attività costruttiva"; e non potrebbe essere altrimenti, visto che se esso valesse (come mostra d'intendere la sentenza appena citata) quale specificazione riduttiva del soggetto (l'opera) della (terza, nel testo vigente) proposizione subordinata, si avrebbe una duplicazione di concetti ad un tempo inutile e fuorviante. Inoltre, il supposto impiego sinonimico di "costruzione" quale nuovo edificio, porterebbe a intendere la norma come se affermasse che l'opera può rovinare per difetto suo proprio. Lettura criptica, questa, che restituirebbe inal-

terato all'interprete il problema ermeneutico, dovendosi stabilire cosa sia il vizio proprio di un'opera; salvo convenire che esso è quello che deriva (da un vizio del suolo o) dal difetto di costruzione, così confermandosi che quest'ultimo sostantivo allude, appunto, all'attività dell'appaltatore. Non senza aggiungere che supponendo la tesi qui non condivisa, a) sarebbe stato ben più logico un diverso incipit della norma (e cioè, "Quando si tratta (della costruzione) di edifici..."); e b) il termine "costruzione" risulterebbe irriferibile agli altri immobili di lunga durata, pure contemplati dall'art. 1669 c.c., per i quali, paradossalmente, questa sarebbe applicabile solo se rovina, evidente pericolo di rovina o gravi difetti dipendessero da vizio del suolo, cioè da una soltanto delle due cause ivi indicate (e, per soprammercato, proprio quella che naturaliter fa pensare alle opere murarie). Ancora, incentrando l'interpretazione dell'art. 1669 c.c., sul concetto di "costruzione" quale nuova edificazione, diverrebbe (se non automatico, almeno) spontaneo il rinvio al concetto normativo di costruzione così come elaborato dalla giurisprudenza di questa Corte in materia di distanze. E, in effetti, Cass. n. 24143/07 sembra presupporlo lì dove afferma (cosa in sé condivisibile) che la norma in commento ricomprende la sopraelevazione, la quale è costruzione nuova ed autonoma rispetto all'edificio sopraelevato. Ma è una tematica del tutto estranea, quella dell'art. 873 c.c. e ss., il rimando alla quale sortirebbe effetti contraddittori e inaccettabili anche per la tesi seguita dal citato precedente, sol che si consideri che ai fini delle distanze è costruzione un balcone (v. sentenza n. 18282/16), ma non la ricostruzione fedele, integrale e senza variazioni plano-volumetriche di un edificio preesistente (v. ordinanza S.U. n. 21578/11 e sentenza n. 3391/09).

6.1. - Non meno controvertibile l'altro argomento - la specialità o l'eccezionalità della norma - utilizzato dall'interpretazione restrittiva dell'art. 1669 c.c., per escluderne l'applicazione analogica. In disparte il fatto che (i) solo di specialità potrebbe trattarsi, nel senso che la responsabilità aggravata prevista da detta disposizione è speciale rispetto al regime ordinario del risarcimento del danno per colpa ai sensi dell'art. 1668 c.c., comma 1; che (ii) tale specialità si è già attenuata fortemente allorchè la giurisprudenza di questa Corte ha ammesso, oltre all'azione risarcitoria, quella di riduzione del prezzo, di condanna specifica all'eliminazione dei difetti dell'opera e di risoluzione, che costituiscono il contenuto della garanzia ordinaria cui è tenuto l'appaltatore (per l'affermativa, che sembra ormai consolidata, cfr. nn. 815/16, 8140/04, 8294/99, 10624/96, 1406/89 e 2763/84; contra, le più risalenti sentenze nn. 2954/83, 2561/80 e 1662/68); e che (iii) l'analogia serve a disciplinare ciò che non è positivizzato, non a riposizionare i termini di una regolamentazione data; tutto ciò a parte, quanto fin qui considerato dimostra come l'art. 1669 c.c., includa a pieno titolo gli interventi manutentivi o modificativi di lunga durata, la cui potenziale incidenza tanto sulla rovina o sul pericolo di rovina quanto sul normale godimento del bene non opera in modo dissimile dalle ipotesi di edificazione *ex novo*. Pertanto, la pur indubbia specialità della protezione di lunga durata accordata al committente (protezione che resiste anche al collaudo: cfr. Cass. nn. 7914/14, 1290/00 e 4026/74), non interferisce con la questione in oggetto.

7. - Poco o punto rilevante, e dunque non decisiva ai fini in esame, la natura extracontrattuale della responsabilità *ex* art. 1669 c.c. - con carattere di specialità rispetto alla previsione generale dell'art. 2043 c.c. - costantemente affermata dalla giurisprudenza (tanto che Cass.

nn. 4035/17 e 1674/12 hanno escluso che la relativa controversia possa rientrare nell'ambito della clausola che si limiti a compromettere in arbitri le liti nascenti da un contratto d'appalto). Tutt'altro che monolitica, invece, è al riguardo la dottrina. Ammessa anche dalle sentenze nn. 24143/07 e 10658/15, che come detto escludono l'applicazione dell'art. 1669 c.c., alle ipotesi di riparazioni o modificazioni, la tesi della natura extracontrattuale di detta responsabilità; qualificata come *ex lege* (cfr. Cass. n. 261/70 e il brano della relazione al c.c. del 1942 riportato supra al paragrafo 5) e prevista per ragioni di ordine pubblico e di tutela dell'incolumità personale dei cittadini, quindi, inderogabile e irrinunciabile (v. Cass. n. 81/00), ha anch'essa origini remote, essendo stata altrettanto costantemente affermata dalla giurisprudenza sotto l'impero del c.c. del 1865 a partire dagli anni venti del XX secolo. Ciò allo scopo di riconoscere l'azione risarcitoria anche agli acquirenti del costruttorevenditore, essendo invalsa già in allora, con lo sviluppo delle attività edilizie, l'unificazione delle due figure.

7.1. - Ai limitati fini che qui rilevano può solo osservarsi che, come sopra detto, la categoria dei gravi difetti tende a spostare il baricentro dell'art. 1669 c.c., dall'incolumità dei terzi alla compromissione del godimento normale del bene, e dunque da un'ottica pubblicistica ed aquiliana ad una privatistica e contrattuale. Oltre a ciò, va considerata la maggior importanza che sul tema della tutela dei terzi ha assunto, invece, l'esperienza dell'appalto pubblico; l'espresso riconoscimento dell'azione anche agli aventi causa del committente (i quali possono agire anche contro il costruttore-venditore: fra le tante, v. Cass. nn. 467/14, 9370/13 e 2238/12 e 4622/02), il che ha privato del suo principale oggetto la teoria della responsabilità extracontrattuale ex art. 1669 c.c.; i più recenti approdi della dottrina sull'efficacia ultra partes del contratto; e - da ultima, ma non ultima - la possibilità che tale efficacia operi in favore dei terzi nei casi previsti dalla legge (art. 1372 cpv. c.c.). Tutto ciò rende ormai meno attuale il tema della natura extracontrattuale della responsabilità di cui all'art. 1669 c.c., che se non ha esaurito la propria funzione storica (per difetto di rilevanza non è questa la sede per appurarlo), di sicuro ha perso l'originaria centralità che aveva nell'interpretazione della norma.

8. - Per le considerazioni svolte l'unico motivo di ricorso deve ritenersi fondato. Consegue la cassazione della sentenza impugnata con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Ancona, che nel decidere il merito si atterrà al seguente principio di diritto: "l' art. 1669 c.c. è applicabile, ricorrendone tutte le altre condizioni, anche alle opere di ristrutturazione edilizia e, in genere, agli interventi manutentivi o modificativi di lunga durata su immobili preesistenti, che (rovinino o) presentino (evidente pericolo di rovina o) gravi difetti incidenti sul godimento e sulla normale utilizzazione del bene, secondo la destinazione propria di quest'ultimo".

9. – Al giudice di rinvio è rimessa, ai sensi dell'art. 385 c.p.c., comma 3, anche la statuizione sulle spese del presente giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso e cassa la sentenza impugnata con rinvio ad altra sezione della

Corte d'appello di Ancona, che provvederà anche sulle spese di cassazione.
Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, il 10 gennaio 2017.
Depositato in Cancelleria il 27 marzo 2017.

PRINCIPIO DI PRECAUZIONE - VACCINAZIONI OBBLIGATORIE - ACCESSO AI SERVIZI EDUCATIVI COMUNALI

CONS. ST. , SEZ. III, 21 APRILE 2017, N. 1662.

La prescrizione di vaccinazioni obbligatorie per l'accesso ai servizi educativi comunali, oltre ad essere coerente con il sistema normativo generale in materia sanitaria e con le esigenze di profilassi imposte dai cambiamenti in atto (minore copertura vaccinale in Europa e aumento dell'esposizione al contatto con soggetti provenienti da Paesi in cui anche malattie debellate in Europa sono ancora presenti), non si pone in conflitto con i principi di precauzione e proporzionalità.

IL CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale
(Sezione Terza)
Ha Pronunciato La Presente

ORDINANZA

sul ricorso in appello n. 2459 del 2017, proposto da:
-OMISSIS-, rappresentati e difesi dagli avvocati Salvatore Di Mattia, Franco Ferletic, con domicilio eletto presso lo studio Salvatore Di Mattia in Roma, via Giuseppe Avezzana N.3;

contro

Comune di Trieste, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Maritza Filipuzzi, Maria Serena Giraldi, Aldo Fontanelli, con domicilio eletto presso lo studio Aldo Fontanelli in Roma, via Emilio de' Cavalieri 11;

nei confronti di

Azienda Sanitaria Universitaria Integrata di Trieste, rappresentato e difeso dagli avvocati Guido Barzazi, Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri 5;

per la riforma

della sentenza del Friuli Venezia Giulia, sede di Trieste, n. 20/2017, con cui è stato respinto il ricorso proposto dagli odierni appellanti per l'annullamento della delibera del Consiglio

Comunale di Trieste n 72 del 28 novembre 2016 recante modifiche al Regolamento comunale per i servizi della prima infanzia ed educativi comunali, avente ad oggetto l'introduzione dell'assolvimento dell'obbligo vaccinale quale requisito di accesso ai servizi educativi comunali per l'età da 0 a 6 anni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'art. 98 cod. proc. amm.;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Trieste e di Azienda Sanitaria Universitaria Integrata di Trieste;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Vista la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza del Tribunale amministrativo regionale di reiezione del ricorso di primo grado, presentata in via incidentale dalla parte appellante;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2017 il Cons. Francesco Bellomo e uditi per le parti gli avvocati Franco Ferletic, Aldo Fontanelli, Guido Barzazi ed Andrea Manzi;
Ritenuto che:
- al sommario esame proprio della fase cautelare l'articolata motivazione della sentenza appellata resiste alle censure formulate dagli appellanti, avendo la stessa evidenziato come la prescrizione di vaccinazioni obbligatorie per l'accesso ai servizi educativi comunali, oltre ad essere coerente con il sistema normativo generale in materia sanitaria e con le esigenze di profilassi imposte dai cambiamenti in atto (minore copertura vaccinale in Europa e aumento dell'esposizione al contatto con soggetti provenienti da Paesi in cui anche malattie debellate in Europa sono ancora presenti), non si ponga in conflitto con i principi di precauzione e proporzionalità;
- in particolare, con riguardo al principio di precauzione, su cui gli appellanti insistono (ritendo dimostrata la probabilità che la vaccinazione sia dannosa per la salute umana), esso opera nei casi in cui l'osservazione scientifica ha rilevato (o ipotizzato sulla base di analogie con altre leggi scientifiche) una successione costante di accadimenti e ne ha formulato una descrizione provvisoria, ma non si dispone di prove per confermare l'ipotesi o per escluderla. A tal punto operano due principi di logica formale: la fallacia *ad ignorantiam* ed il principio del terzo escluso. La prima regola impone di non considerare vera una tesi solo sulla base del fatto che non esistano prove contrarie. Il secondo, una volta riconosciuto che in un dato ambito si diano solo due alternative (*tertium non datur*), consente di ritenere vera la prima ove si dimostri la falsità della seconda. Ebbene, poiché tra due o più accadimenti o vi è una relazione di regolarità causale o non vi è, in difetto di evidenze sulla quale delle due sia esatta o, almeno, preferibile, entrambe le ipotesi debbono essere considerate contemporaneamente come vere. In altre parole, nel periodo di incertezza scientifica, non essendovi prove a conferma o confutazione, la successione causale deve essere considerata logicamente come non esclusa, ossia possibile. A questo punto, l'unica regola inferenziale accettabile è quella per cui se non avviene il primo evento non può avvenire il secondo come sua

conseguenza. Tale regola, ove applicata al comportamento umano in riferimento ad un possibile esito dannoso, impone la precauzione.
Ma tale ragionamento non funziona quando può essere a parità di condizioni (principio del rasoio di Occam) ribaltato: nel caso in esame infatti esso condurrebbe allo stesso modo a ritenere che la vaccinazione sia suggerita dalla probabilità di contrarre malattie. Anzi, in questa prospettiva, la tutela della salute pubblica, in particolare della comunità in età prescolare, assume un valore dirimente, che prevale sulle prerogative sottese alla responsabilità genitoriale;
- pertanto la domanda cautelare va respinta e le spese della presente fase processuale possono essere compensate;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Terza, respinge la domanda cautelare.
Spese compensate.
La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:
Franco Frattini, Presidente
Francesco Bellomo, Consigliere, Estensore
Manfredo Atzeni, Consigliere
Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere
Giulio Veltri, Consigliere

RESPONSABILITÀ CIVILE - AMMINISTRAZIONE PUBBLICA - GIURISDIZIONE - RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLA P.A.

CASS. CIV. SEZ. UN., 27 APRILE 2017, SENT. N. 10413.

Quando la pubblica amministrazione, agendo *iure privatorum*, intrattiene, con una controparte già individuata, delle trattative finalizzate alla stipulazione di un contratto di diritto privato, incorre in responsabilità precontrattuale, sindacabile dal G.O., ai sensi dell'art. 1337 c.c. in tutti i casi in cui il suo comportamento contrasti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza è tenuto ogni contraente nella fase precontrattuale.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. CANZIO Giovanni - Primo Pres. f. f. -
Dott. SCHIRO' Stefano - Presidente Sezione -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente Sezione -
Dott. NAPPI Aniello - Consigliere -
Dott. CAMPANILE Pietro - Consigliere -
Dott. ARMANO Uliana - Consigliere -
Dott. D'ASCOLA Pasquale - Consigliere -
Dott. BARRECA Giuseppina Luciana - Consigliere -
Dott. FALASCHI Milena - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 17470-2015 proposto da:
AZIENDA POLICLINICO UMBERTO I DI ROMA, in persona dei Direttore Generale *pro tempore*, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE DEL POLICLINICO 155, presso l'Avvocatura dell'Azienda, rappresentata e difesa dall'avvocato ANTONIO NARDELLA;
- ricorrente -

contro

ROAN IMMOBILIARE S.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DELLE QUATTRO FONTANE 20, presso lo studio dell'avvocato ANTONIO AURICCHIO, che la rappresenta e difende unitamente

all'avvocato AUGUSTA CIMINELLI;
- controricorrente -

avverso

la sentenza della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata in data 30/03/2015.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 04/04/2017 dal Consigliere Dott. BARRECA GIUSEPPINA LUCIANA;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale Dott. FUZIO RICCARDO, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso;

uditi gli avvocati Antonio Nardella e Augusta Ciminelli.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con la sentenza impugnata, pubblicata il 30 marzo 2015, la Corte di appello di Roma ha accolto parzialmente l'appello principale proposto dall'Azienda Policlinico Umberto I di Roma nei confronti della Roan Immobiliare s.r.l., nonchè l'appello incidentale di quest'ultima, avverso la sentenza del Tribunale di Roma n. 9242/12. Con questa il primo giudice, accogliendo la domanda subordinata della società, aveva accertato e dichiarato la responsabilità precontrattuale del Policlinico per recesso ingiustificato dalle trattative in corso tra le parti per la stipulazione di un contratto di locazione di un immobile di proprietà della Roan Immobiliare s.r.l. ed aveva condannato l'Azienda convenuta al pagamento in favore della società della somma di Euro 901.491,70, a titolo di risarcimento danni, oltre interessi legali dalla domanda, con compensazione delle spese di lite.
La Corte d'appello - confermata la sentenza di primo grado quanto alla sussistenza della responsabilità precontrattuale dell'Azienda, per il rifiuto ingiustificato di addivenire alla stipula del contratto dopo aver ingenerato nella controparte un legittimo affidamento nella conclusione della locazione, mai perfezionatasi, secondo il giudice, per causa esclusiva dell'appellante "alla quale anche è ascrivibile la mancata presa in consegna del bene" – ha ridotto l'importo liquidato a titolo risarcitorio nella somma complessiva di Euro 875.291,70; quindi, ha fissato la decorrenza degli interessi -in accoglimento dell'appello incidentale della società- non dalla domanda, bensì dal 2 dicembre 2009, data del definitivo rifiuto dell'Azienda. Ha rigettato nel resto entrambi gli appelli ed ha compensato tra le parti le spese del grado.
2. L'Azienda Policlinico Umberto I di Roma ha proposto ricorso per Cassazione con tre motivi.
La Roan Immobiliare S.r.l. si è difesa con controricorso e memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Col primo motivo la ricorrente ripropone l'eccezione di difetto di giurisdizione. Questa è stata rigettata dal giudice d'appello, rilevando che il rapporto si è svolto interamente in ambito privatistico ed il comportamento delle parti è perciò sindacabile dal giudice ordinario ai sensi dell'art. 1337 c.c..
La ricorrente prescinde da questa ratio decidendi e, nel censurare la sentenza per ragioni attinenti al merito, in specie all'esame ed alla valutazione dei documenti da cui il giudice ha tratto la prova dei presupposti della responsabilità precontrattuale, deduce che la Corte d'appello non avrebbe considerato che l'Azienda è receduta dalle trattative per aver riconosciuto la "non convenienza del contratto" alle condizioni poste dalla controparte.
Sostiene che si tratterebbe di apprezzamento discrezionale della p.a., insindacabile da parte del giudice ordinario.
1.1. Il motivo è inammissibile.
Come detto, non è censurata l'affermazione del giudice secondo cui l'intero rapporto tra le parti si è svolto in ambito privatistico. Essendo ciò incontestato, è privo di pregio ogni argomento addotto a sostegno del dedotto difetto di giurisdizione.
Ed invero, quando la pubblica amministrazione, agendo *iure privatorum*, intrattiene, con una controparte già individuata, delle trattative finalizzate alla stipulazione di un contratto di diritto privato, incorre in responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c., in tutti i casi in cui il suo comportamento contrasti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza è tenuto ogni contraente nella fase precontrattuale.
La regola costituisce *ius receptum* così come le conseguenze che se ne traggono in tema di sindacato del giudice ordinario sull'idoneità del comportamento della pubblica amministrazione ad ingenerare nei terzi, anche per mera colpa, un ragionevole affidamento in ordine alla conclusione del contratto (cfr., per tutte, Cass. S.U., 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. S.U., 24 giugno 2009, n. 14833).
1.2. Poichè la regola di riparto della giurisdizione è quella anzidetta, essa non può certo essere derogata - come sembra sostenere la ricorrente - in considerazione delle ragioni che avrebbero indotto l'amministrazione ad interrompere le trattative; ragioni, tutt'al più rilevanti per l'espressione del giudizio in merito alla correttezza o meno dell'agire della p.a. in sede precontrattuale, non certo per trasferire al giudice amministrativo la cognizione della controversia.
Va perciò affermato che la responsabilità precontrattuale della P.A. è configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'esso è tenuto, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c. ; in particolare, il recesso dalle trattative è sindacabile ai sensi dell'art. 1337 c.c. , ove l'ente pubblico sia venuto meno ai doveri di buona fede, correttezza, lealtà e diligenza, in rapporto anche all'affidamento ingenerato nel privato circa il perfezionamento del contratto, a prescindere dalle ragioni che abbiano indotto l'ente ad interrompere le trattative o a rifiutare la conclusione del contratto.

2. Con i restanti motivi, deducendo vizi di violazione ed errata applicazione di norme di diritto ed omesso esame di fatti decisivi per il giudizio, oggetto di trattazione e contestati tra le parti, la ricorrente censura la valutazione fatta dal giudice in merito alla mancanza di una giusta causa di recesso. Sostiene infatti che questa sarebbe consistita nella pretesa della controparte di ottenere il pagamento dei canoni di locazione a partire dal 1 dicembre 2008, malgrado non avesse messo a disposizione dell'Azienda l'immobile sin dalla stessa data, per la mancata esecuzione dei lavori di adeguamento richiesti dall'Azienda, e malgrado la nota del 7 novembre 2008 (valorizzata dal giudice di merito come idonea ad ingenerare l'affidamento della controparte nella conclusione del contratto con decorrenza appunto dal 1 dicembre successivo) dovesse, invece, essere considerata come "un accordo provvisorio, aperto agli ulteriori sviluppi delle trattative" (cfr. pagg. 15-16 del ricorso).
Conclude censurando anche la "quantificazione economica del risarcimento danni disposto dal giudice di primo grado".
2.1. I motivi sono inammissibili.
Una prima ragione di inammissibilità, come nota la controricorrente, si rinviene nella tecnica redazionale seguita, che ha comportato l'unitaria illustrazione di una pluralità di questioni (compresa quella di giurisdizione di cui sopra) precedute dalla denuncia del vizio di violazione ed errata applicazione di norme di diritto (senza peraltro che siano indicate le norme che si assumono violate, con palese inosservanza dell'art. 366 c.p.c. , n. 4) e dalla deduzione del vizio di motivazione. Già per questo le censure non superano il vaglio di ammissibilità, poichè richiedono un inesigibile intervento integrativo della Corte che, per giungere alla compiuta formulazione del motivo, dovrebbe individuare per ciascuna delle doglianze lo specifico vizio di violazione di legge o vizio di motivazione (cfr. Cass. 20 settembre 2013, n. 21611 ed altre).
2.2. Inoltre, premesso che per ritenere integrata la responsabilità precontrattuale occorre che tra le parti siano in corso trattative; che queste siano giunte ad uno stadio idoneo ad ingenerare, nella parte che invoca l'altrui responsabilità, il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che esse siano state interrotte, senza un giustificato motivo, dalla parte cui si addebita detta responsabilità; che, infine, pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto, va ribadito che la verifica della ricorrenza di tutti tali elementi si risolve in un accertamento di fatto riservato al giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità ove adeguatamente motivato (così, da ultimo, Cass. 15 aprile 2016, n. 7545).
Ebbene, la ricorrente non contesta l'individuazione, secondo diritto, da parte del giudice a quo, dei presupposti della responsabilità precontrattuale come sopra precisati; contestazione, la quale soltanto avrebbe giustificato la denuncia di violazione di legge, in riferimento al disposto dell'art. 1337 c.c. , come sopra interpretato.
Piuttosto, pretende di ricostruire i fatti - specificamente quelli valutati dal giudice per ritenere sussistente il ragionevole affidamento della controparte ed escludere la sussistenza di un giustificato motivo di recesso - secondo una lettura delle risultanze istruttorie diversa da quella fornita dalla Corte d'appello.

Per questa via, l'Azienda finisce per riproporre e richiedere un riesame del merito della controversia non consentito in sede di legittimità.
2.3. Infine, non sono pertinenti i rilievi svolti in merito alla necessità della forma scritta per la stipulazione dei contratti della p.a. poichè non attengono al decisum, relativo alla responsabilità precontrattuale (avendo già il primo giudice escluso che tra le parti si fosse addivenuti alla stipulazione del contratto, secondo quanto richiesto dalla società attrice, con domanda principale rigettata dal Tribunale).
Sono generiche, oltre che rivolte contro la sentenza di primo grado, e perciò inammissibili per entrambe le ragioni, le censure svolte in riferimento alla quantificazione dei danni.
In conclusione, il ricorso va dichiarato inammissibile.
Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.
Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, si dà atto che sussistono i presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento, in favore della controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 7.000,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.
Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, si dà atto che sussistono i presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.
Così deciso in Roma, il 4 aprile 2017.
Depositato in Cancelleria il 27 aprile 2017.

CONTRATTO DI INVESTIMENTO - FORMA - NULLITA' - FORMA DI PROTEZIONE - SOTTOSCRIZIONE DELLA BANCA

CASS. CIV. SEZ. I, 27 APRILE 2017, ORD. N. 10447

La mancanza del contratto d'investimento (c.d. contratto - quadro) sottoscritto (dai coniugi) determina la nullità delle operazioni d'investimento successivamente compiute dalla banca, stante la previsione dell'art. 23 tuf (D.Lgs. n. 58 del 1998); e se tali operazioni sono da considerarsi nulle, per difetto di un indispensabile requisito di forma richiesto dalla legge a protezione dell'investitore, è evidentemente da escludere che se ne possa predicare la ratifica tacita. Quando il legislatore richiede la forma scritta per meglio tutelare una delle parti del con tratto, sarebbe manifestamente contraddittorio ammettere che quel difetto di forma sia rimediabile mediante atti privi anch'essi di forma scritta.

Secondo una prima tesi, dunque, potrebbe reputarsi adempiere al requisito della forma scritta, prevista a pena di nullità dall'art. 23 cit., la sottoscrizione, da parte del cliente del modulo contrattuale contenente il contratto - quadro. La cd. forma informativa sarebbe quindi rispettata, perchè soddisfatto è l'interesse alla conoscenza ed alla trasparenza, o scopo informativo, cui essa è preordinata.

Per l'opposta ricostruzione, secondo cui anche la sottoscrizione della banca è requisito di forma *ad substantiam*, deve porsi la questione se, avendo la nullità effetti *ex tunc*, a sua volta la banca sia legittimata o no a ripetere quanto versato a favore del cliente; o se, a fronte di un uso "selettivo" della nullità, l'intermediario possa eccepire la violazione della buona fede contrattuale, e con quali conseguenze.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. GIANCOLA Maria Cristina - Presidente -
Dott. ACIERNO Maria - Consigliere -
Dott. MERCOLINO Guido - Consigliere -
Dott. NAZZICONE Loredana - rel. Consigliere -
www.comparazionedirittocivile.it
Dott. DE MARZO Giuseppe - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso 25840/2013 proposto da:
R.C.C., (c.f. (OMISSIS)), R.S.A. (c.f. (OMISSIS)), T.M. (c.f. (OMISSIS)), elettivamente

domiciliati in Roma, Via G. Avezzana n. 51, presso l'avvocato Zoppis Eugenio, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato Prandi Riccardo, giusta procura a margine del ricorso;
- ricorrenti -

contro

Banca Sella S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Corso Vittorio Emanuele II n. 187, presso l'avvocato Giordano Massimo, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati Barcellona Eugenio, Valentini Romano, giusta procura a margine del controricorso;
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 678/2013 della CORTE D'APPELLO di TORINO, depositata il 26/03/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 11/04/2017 dal cons. NAZZICONE LOREDANA;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale dott. CERONI Francesca, che ha concluso per la trasmissione atti alle Sezioni Unite o in subordine rigetto del ricorso; udito, per i ricorrenti, l'Avvocato Riccardo Prandi che ha chiesto l'accoglimento del ricorso; udito, per la controricorrente, l'Avvocato Romano Valentini che ha chiesto la trasmissione alle SS.UU. o il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte d'appello di Torino con sentenza del 26 marzo 2013 ha confermato la decisione di primo grado, che aveva respinto tutte le domande proposte da R.C.C., R.S.A. e T.M., in proprio e quali eredi di R.M.R.P., volte all'accertamento della nullità, o, in subordine, all'annullamento o alla risoluzione per inadempimento, nonchè alla condanna alle restituzioni sia del capitale inizialmente versato di Euro 2.652.186,81, sia del saldo negativo del rapporto di gestione patrimoniale di Euro 494.691,61 oltre accessori, con riguardo ai contratti di gestione patrimoniale, investimento e finanziamento conclusi con Banca Sella s.p.a. sin dal 1997.
La corte territoriale, per quanto ancora rileva, ha ritenuto che: a) pur essendo stato il contratto-quadro di gestione, consulenza ed amministrazione di portafogli in data 20 aprile 1998 sottoscritto solo dai clienti, e non anche da un funzionario della banca, nondimeno non sussiste nullità per difetto di forma scritta: osservando, da un lato, che il contratto reca la dichiarazione espressa degli investitori circa la consegna di un esemplare del contratto "sottoscritto per accettazione dai soggetti abilitati a rappresentarvi", ossia la banca, onde risulta che ogni parte abbia consegnato all'altra copia da essa sottoscritta; e, dall'altro lato, che

nè le fonti comunitarie, nè il precedente storico di cui alla L. 2 gennaio 1991, n. 1, art. 6 postulano il requisito della forma scritta contrattuale, ma piuttosto il requisito sostanziale della idonea informazione, e che il requisito previsto dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23 è soddisfatto dalla firma dell'investitore, quale precetto di protezione del medesimo, volto essenzialmente a superare le asimmetrie informative; b) sebbene il predetto contratto-quadro sia intervenuto alcuni mesi dopo l'inizio del rapporto di gestione patrimoniale, le precedenti operazioni non sono state mai contestate dai clienti, nè sono state individuate specificamente le operazioni anteriori al 20 aprile 1998, di cui si voglia far valere la nullità; c) detto contratto contiene tutti gli elementi prescritti dal legislatore, nè i clienti hanno precisato di quali elementi essenziali difetterebbe; d) non sono nulli i singoli ordini di investimento, perchè la loro materiale esecuzione rientrava nella gestione discrezionale della banca non presupponente una veste contrattuale formale, mentre le parti ebbero a pattuire non la forma scritta degli ordini, ma quella telefonica; e) nessuna operazione estranea al mandato ricevuto la banca ha posto in essere, nè vi era necessità di una diversa fonte contrattuale sovraordinata al contratto di gestione; f) la banca ha provato di avere pienamente assolto ai propri obblighi informativi, in quanto i clienti hanno più volte ricevuto informazioni circa l'assenza di "alcuna garanzia di mantenere invariato il valore del patrimonio affidato in gestione" e "ciò in particolar modo nei casi in cui la leva finanziaria sia superiore all'unità", prendendo atto "che il valore di mercato di tali investimenti è, per sua natura, soggetto a notevoli variazioni" con "elevati rischi perdite di dimensione anche eccedenti l'esborso originario", e l'asimmetria informativa è stata colmata costantemente nel corso di aggiornamento del rapporto, anche in ordine alla propensione al rischio ed obiettivi di investimento; i clienti, del resto, hanno mantenuto un profilo di alta speculatività per ben otto anni, dimostrando in ogni occasione, anche mediante le numerose telefonate trascritte, una notevolissima competenza finanziaria e realizzando quindi sempre operazioni ad essi adeguate; non esisteva, infine, conflitto di interessi nelle
negoziazioni in contropartita diretta, che non ebbero mai a traslare il rischio sui clienti ma, al contrario, furono poste in essere proprio per eseguire il mandato; i clienti furono posti in condizione di immediatamente rilevare le perdite, ricevendo ogni opportuna informazione; nè infine, gli investitori hanno provato il nesso causale tra tutti i pretesi inadempimenti e le perdite da essi subite.
Avverso questa sentenza propongono ricorso gli investitori, affidato a quattro motivi.
Resiste con controricorso la Banca Sella s.p.a., depositando altresì la memoria *ex* art. 378 c.p.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - I motivi del ricorso censurano la sentenza impugnata per :
1) violazione e falsa applicazione degli artt. 1321, 1325, 1350, 1418 c.c. , D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23 e art. 30 reg. Consob n. 11522 del 1998, avendo la corte del merito ritenuto irrilevante la mancata sottoscrizione del contratto-quadro di gestione da parte della banca,

mentre non può ritenersi applicabile il principio di equipollenza della produzione del documento in giudizio, questione peraltro non riproposta in appello;
2) violazione e falsa applicazione degli artt. 1362, 1363 e 1366 c.c. , D.Lgs. n. 58 del 1998, artt. 23 e 24, e artt. 30, 32-37 ss., 47 reg. Consob n. 11522 del 1998, per avere la corte del merito ritenuto il contratto del 20 aprile 1998 come il contratto-quadro, mentre un simile contratto non fu mai concluso tra le parti;
3) violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c., D.Lgs. n. 58 del 1998, artt. 21 e 23, artt. 29-29 reg. Consob n. 11522 del 1998, per avere la corte del merito ritenuto infondatamente provato l'adempimento, da parte della banca, dei propri obblighi informativi, fondandosi su documenti del 1997 e del 1998, che tuttavia erano all'uopo inidonei;
4) violazione e falsa applicazione degli artt. 1222 e 2697 c.c., D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23 per non avere la corte del merito ritenuto che la prova del nesso eziologico tra gli inadempimenti della banca e il danno agli investitori fosse in re ipsa, avendo per forza di cose quegli inadempimenti agli obblighi informativi inciso sulla volontà dei clienti.
2. - Il primo motivo del ricorso pone la questione se, a norma del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23 la sottoscrizione della banca sia necessaria ad substantiam anch'essa - accanto a quella dell'investitore - al fine della valida conclusione del contratto di gestione su base individualizzata di portafogli di investimento, che trova la sua fonte normativa nel D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 24 (ma identico dubbio interpretativo sorge in casi analoghi, ovvero in tutti i contratti di prestazione di servizi di investimento, ai sensi dell'art. 23 cit., e nei contratti bancari, ai sensi del D.Lgs. 24 settembre 1993, n. 385, art. 117).
La questione sopra riassunta si pone in quanto, secondo la prassi del settore bancario, la conclusione del contratto-quadro si attua, al fine di rispettare i requisiti della forma e della consegna dello stesso al cliente, con la sottoscrizione di quest'ultimo del contratto, che resta in possesso della banca, seguita dalla consegna al cliente di un altro documento identico al primo, stavolta a firma dell'istituto di credito: in tal modo, allo scambio documentale segue la disponibilità, in capo a ciascuna parte, dell'originale sottoscritto dall'altra.
3. - In ordine al quadro normativo di riferimento, il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23 prevede che "i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento (...) sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti (...) Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo"; aggiunge il terzo comma che "la nullità può essere fatta valere solo dal cliente".
La L. 2 gennaio 1991, n. 1, art. 6, lett. c), prevedeva già il medesimo requisito di forma per la stipulazione del contratto-quadro di investimento (al riguardo, cfr. Cass. 19 maggio 2005, n. 10598; 9 gennaio 2004, n. 111; 7 settembre 2001, n. 11495).
Dal suo canto, l'art. 30, comma 1 reg. Consob n. 11522 del 1998 prevedeva che gli intermediari non potessero "fornire i propri servizi se non sulla base di un apposito contratto scritto" e che "una copia di tale contratto è consegnata all'investitore".
Ora, l'art. 37 del reg. Consob n. 16190 del 2007, sostitutivo del precedente - che resta, peraltro, applicabile ratione temporis al caso in esame - a sua volta prevede che gli intermediari "forniscono a clienti al dettaglio i propri servizi di investimento, diversi dalla consulenza

in materia di investimenti, sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata al cliente", nonchè specifici requisiti di contenuto.
4. - Per quanto riguarda la sottoscrizione del cliente, questa Corte ha già condivisibilmente affermato che la mancanza del "contratto d'investimento (c. d. contratto-quadro) sottoscritto (dai coniugi)" determina "la nullità delle operazioni d'investimento successivamente compiute dalla banca, stante la previsione dell'art. 23 tuf (D.Lgs. n. 58 del 1998); e se tali operazioni sono da considerarsi nulle, per difetto di un indispensabile requisito di forma richiesto dalla legge a protezione dell'investitore, è evidentemente da escludere che se ne possa predicare la ratifica tacita. Quando il legislatore richiede la forma scritta per meglio tutelare una delle parti del contratto, sarebbe manifestamente contraddittorio ammettere che quel difetto di forma sia rimediabile mediante atti privi anch'essi di forma scritta" (così Cass. 22 marzo 2013, n. 7283, in motivazione, vicenda in cui i clienti avevano efficacemente disconosciuto le sottoscrizioni apposte in calce al contratto-quadro; nello stesso senso, Cass. 22 dicembre 2011, n. 28432).
In relazione alla previsione in discorso, specificamente dettata per i contratti finanziari – laddove il comune regime codicistico dei contratti avrebbe lasciato libertà di forma – la menzionata decisione, come altre analoghe, ha dunque sottolineato che è indispensabile la sottoscrizione ad opera del cliente al contratto-quadro, essendo il requisito di forma posto a protezione esclusiva del medesimo, e che la mancanza della sua sottoscrizione non può essere superata con l'omessa contestazione dei rendiconti periodici.
Ancora, si è ribadito come il contratto-quadro, che disciplina lo svolgimento del rapporto volto alla prestazione del servizio di negoziazione di strumenti finanziari, va redatto per iscritto a pena di nullità, deducibile solo dal cliente, secondo la prescrizione del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 28 (Cass. 31 dicembre 2013, n. 28810); che, parimenti, il contratto di gestione di portafoglio di investimento stipulato con un intermediario finanziario deve essere redatto per iscritto a pena di nullità, forma scritta prevista dalla legge a protezione dell'investitore, la quale non ammette equipollenti o ratifiche (Cass. 24 febbraio 2016, n. 3623), cosicché non è idonea ad integrare il requisito formale la sottoscrizione del documento sui rischi generali, di cui all'art. 28 reg. Consob n. 11522 del 1998, il quale assolve unicamente ad una funzione strumentale e propedeutica alla stipulazione del contratto di gestione e serve a rendere l'investitore più consapevole rispetto ai rischi dell'investimento e del mandato gestorio conferito all'intermediario (Cass. 19 febbraio 2014, n. 3889, fattispecie in cui la banca aveva consegnato al cliente un modulo contrattuale di gestione del patrimonio mobiliare affinchè fosse sottoscritto e restituito, ma ciò non era avvenuto).
5. - Quanto al profilo riguardante la sottoscrizione anche della banca, ovvero la questione specifica in esame, recenti decisioni di questa Sezione, hanno affermato i seguenti principi di diritto: a) l'art. 23 cit. impone una forma bilaterale ad substantiam; b) la produzione in giudizio, da parte della banca, del contratto-quadro da essa non sottoscritto non è idoneo equipollente della sua sottoscrizione.
Tanto si legge nelle più recenti decisioni della Corte (v. Cass. 24 marzo 2016, n. 5919 e 11 aprile 2016, n. 7068, assunte alle udienze del 9 e 10 febbraio 2016; nello stesso senso, anche Cass. 27 aprile 2016, n. 8395, 27 aprile 2016, n. 8396, 19 maggio 2016, n. 10331 e 3 gennaio

2017, n. 36).
Orbene, si può senz'altro convenire, con le citate decisioni, su quest'ultima affermazione: ed invero, ove la norma richiedesse la forma scritta bilaterale ad substantiam, non sarebbe possibile ritenere soddisfatto il requisito per equipollente mediante la produzione del documento non firmato in giudizio, o mediante altri comportamenti concludenti posti in essere dalla banca e documentati per iscritto.
Invero, questa tesi (affermata dalla meno recente Cass. 22 marzo 2012, n. 4564) non regge, perchè il costante principio, secondo cui la mancata sottoscrizione di una scrittura privata è supplita dalla produzione in giudizio del documento stesso da parte del contraente non firmatario che ne intende avvalersene (fra le tante, Cass. 5 giugno 2014, n. 12711; 17 ottobre 2006, n. 22223; 5 giugno 2003, n. 8983) comporterebbe comunque - nelle vicende come quella in esame - il perfezionamento ex nunc del contratto-quadro: che, dunque, non varrebbe a rendere validi ordini di acquisto di strumenti finanziari precedentemente impartiti; nè si dà convalida del contratto nullo, per l'art. 1423 c.c.). Sotto questo profilo, dunque, le decisioni sopra ricordate vanno senz'altro condivise.
6. - L'affermazione sub a), relativa alla necessità della sottoscrizione dell'intermediario, a fini di validità del contratto di investimento, richiede, invece, qualche ulteriore riflessione.
La giurisprudenza di merito e la dottrina non risolvono, infatti, univocamente il punto controverso se, per la validità del contratto concluso con la banca, sia necessaria anche la sottoscrizione della medesima, pur quando comunque sussista la firma del cliente.
Invero, accanto ad orientamenti conformi a quello di recente accolto dalla S.C., diverse sono le conclusioni di quella parte degli interpreti che movendo dalla ratio della norma, finalizzata alla protezione del contraente debole e alla valorizzazione delle esigenze di chiarezza e di trasparenza informativa - escludono, invece, per la validità del contratto la necessità della sottoscrizione della banca, laddove risulti la predisposizione da parte della stessa e la firma del cliente.
7. - Da tempo, la dottrina ha convincentemente chiarito, nell'ambito della più generale teorica della forma, che non tutte le prescrizioni di forma sono uguali. Se la forma *ad substantiam*, nella sua solennità propria degli scambi immobiliari tipici dell'economia fondiaria, funge, nell'ambito dei rapporti paritari, da criterio d'imputazione della dichiarazione, oltre che servire a favorire - a tutela di entrambi contraenti - i "beni" della chiarezza nei contenuti, della ponderazione per l'impegno assunto e della serietà dell'accordo, nonchè a distinguere le mere trattative dall'atto definitivo, occorre poi pur riflettere sul fatto che, invece, laddove le parti non si trovino su di un piano di parità perché si ravvisa una "parte debole" del rapporto, a scongiurare il rischio della insufficiente riflessione o dell'approfittamento ad opera dell'altro contraente interviene, allora, la forma, o formalità "di protezione": il cui fine precipuo è proprio quello di proteggere lo specifico interesse del contraente "debole" a comprendere ed essere puntualmente e compiutamente informato su tutti gli aspetti della vicenda contrattuale.
Onde si discorre di "forma informativa", ponendosi l'accento sui caratteri che valgono piuttosto a differenziarla dalle regole tradizionali delle patologie civilistiche del negozio.
Proprio con riferimento ai nuovi fenomeni contrattuali, derivanti dallo sviluppo dei mercati

- nel trascorrere da un'economia rurale alle dinamiche del mercato finanziario e digitale - si parla, invero, di un ritorno al "formalismo negoziale", o "neoformalismo", cui sempre più il legislatore sembra far ricorso (e non solo per l'atto, ma più genericamente per l'attività): stavolta a tutela, tuttavia, non di entrambi i contraenti posti su di un piano di parità, ma specificamente di uno di essi, all'evidenza reputato "debole" (sebbene, poi, in una visione macroeconomica, non si possa trascurare che detta tutela, eliminando o riducendo le inefficienze derivate dagli abusi delle imprese, giovi ancora alla sicurezza dei traffici dei capitali e degli investimenti, la quale trae com'è noto benefici dal buon funzionamento del mercato finanziario e dalla prevedibilità delle condotte dei suoi operatori).
Peraltro, il "ritorno al formalismo", con i relativi costi transattivi, si giustifica solo ove il contratto sia davvero "asimmetrico" e sussista l'esigenza di protezione in ragione della rischiosità del negozio stesso: onde, ad esempio, la forma scritta non è prevista per il contratto di mera consulenza finanziaria.
La nullità che ne deriva, a sua volta, persegue prettamente finalità di protezione del contraente debole, nel cui interesse essa viene conformata come invalidità relativa (cfr. pure D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 117; D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 36).
La nullità di protezione è, nel contempo, strumento di governo degli scambi e mezzo di tutela degli interessi di una delle parti del contratto rispetto a situazioni di "irrazionalità" - la quale, nei contratti di investimento o in generale del mercato finanziario, viene identificata con la disinformazione - che ne compromettono la libertà di scelta.
Al fine di comprendere la realtà economica e giuridica descritta, la visuale del formalismo negoziale rigidamente "di struttura" è stata ritenuta inadeguata, lasciando il campo a quella "di funzione".
Se tale nullità, dunque, è funzionale in primis alla tutela della più ampia informazione dell'investitore (sebbene permanga il ricordato interesse generale all'efficienza del mercato del credito), tanto da presentare rilevanti differenze di disciplina rispetto alla nullità del codice civile, tutte le prescrizioni da essa presidiate vanno intese in tale logica: la quale deve guidare, dunque, anche la valutazione sul punto se il cliente sarebbe pregiudicato, nella sua completa e consapevole autodeterminazione, dalla mancanza di firma della banca sul contratto-quadro.
Si noti che il contratto ben potrebbe contenere anche condizioni individuali, concordate con il singolo cliente: così come sarà consentito che, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, sia richiesta dall'investitore all'intermediario una specifica approvazione scritta del contratto.
8. - In particolare, la previsione formale del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23 è dettata a fini esclusivi di tutela dell'investitore: e ciò, invero, riconoscono anche tutte le recenti sentenze di questa Corte, sopra menzionate (p. 5).
Può parlarsi, in definitiva, di cd. forma di protezione: la quale, al pari della cd. nullità di protezione, cui la violazione della stessa conduce, è volta specificamente a portare all'attenzione dell'investitore - la parte "debole" del rapporto (non per ragioni socioeconomiche, ma) in quanto sprovvisto delle informazioni professionali sul titolo e, più in generale, sugli an-

damenti del mercato finanziario - l'importanza del negozio che si accinge a compiere e tutte le clausole del medesimo.
La prescrizione formale trova la sua ratio nel fine di assicurare la piena e corretta trasmissione delle informazioni al cliente, nell'obiettivo della raccolta di un consenso consapevole alla stipula del contratto (il consenso informato). Per tale ragione, la nullità di protezione può essere fatta valere solo dal cliente, oltre che rilevata d'ufficio dal giudice, sempre nell'esclusivo interesse e vantaggio del primo.
Come la nullità di protezione palesa caratteri affatto speciali - sopra tutte, appunto, la facoltà di farla valere solo da parte del contraente a cui favore è dettata, con l'eventualità, quindi, di una sanatoria "di fatto" del negozio (come non ha mancato di rilevare già la Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 4 giugno 2009, C-243/08, Pannon, punti 31 e 32, secondo cui il giudice deve non applicare una clausola abusiva, salvo che il consumatore vi si opponga; nonchè Corte di giustizia dell'Unione europea, 14 giugno 2012, C-618/10, Banco Espahol de Credito SA, punti 42 e 43; onde non convincono del tutto alcuni tentativi degli interpreti di ricondurre la categoria della nullità speciale ad unità con il regime generale) - allo stesso modo la forma ivi prevista non è la stessa prescritta dall'art. 1350 c.c. per i contratti immobiliari ad equilibrio simmetrico.
Al riguardo, si è constatato come l'ordinamento europeo non mostri di ritenere rilevante una forma scritta per i contratti bancari e finanziari, sottintendendo che gli obiettivi della normativa di trasparenza - funzione preminente del vincolo formale in tale ambito - possano essere raggiunti anche con altri strumenti, quali i supporti cartacei o le bozze del documento.
Si vedano, in tal senso, la direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento nel mercato interno, attuata con il D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 , che ha introdotto nel t.u.b. il Capo 2-bis sui "Servizi di pagamento" (art. 126-bis-126-octies) e la direttiva 2008/48/CE , relativa ai contratti di credito ai consumatori, recepita dal D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141 , che ha modificato il capo 1 sulle disposizioni generali in tema di operazioni bancarie ed il capo 2 del t.u.b. sul "Credito ai consumatori", dalle quali si traggono indicazioni piuttosto nel senso di una riduzione del peso assegnato al formalismo negoziale.
9. - Secondo una prima tesi, dunque, potrebbe reputarsi adempiere al requisito della forma scritta, prevista a pena di nullità dall'art. 23 cit., la sottoscrizione, da parte del cliente, del modulo contrattuale contenente il contratto-quadro. La cd. forma informativa sarebbe quindi rispettata, perchè soddisfatto è l'interesse alla conoscenza ed alla trasparenza, o scopo informativo, cui essa è preordinata.
L'altra parte del rapporto, ovvero l'intermediario finanziario, è il soggetto predisponente le condizioni generali di contratto, cui l'investitore aderisce: intermediario per il quale nessuna di dette esigenze si rinviene.
Di qui, il rilievo che la sottoscrizione della banca, a differenza di quella dell'investitore, non occorra, affinchè il contratto sia perfetto: l'una volontà deve essere manifestata per iscritto ad substantiam, l'altra in ogni forma consentita dall'ordinamento.
La predisposizione del modulo ad opera della banca potrebbe dirsi rendere non più necessaria, cioè, l'ulteriore formale approvazione del predisponente: considerato che l'adeguata

ponderazione e la rispondenza dell'accordo ai propri interessi è stata già valutata con la redazione del documento medesimo, nonchè la sua approvazione ad opera delle autorità indipendenti cui è demandata la vigilanza del settore; e, soprattutto, non è la banca il soggetto a cui tutela il requisito formale è posto.
La sottoscrizione da parte del delegato dell'istituto di credito non sembra perseguire, infatti, i fini sottesi alla disposizione; anzi, esigere tale firma pare porsi in senso contrario al dinamismo nella conclusione dei contratti finanziari (tenuto conto che, di regola, il funzionario bancario che lo cura non ha poteri di rappresentanza), e, dunque, all'efficienza dei mercati, cui in definitiva anche le nullità di protezione mirano. Nè la carenza della sottoscrizione da parte dell'intermediario potrebbe reputarsi legittimare lo stesso a sottrarsi alle regole sancite dal negozio: perchè la nullità di protezione può farsi valere solo dal cliente.
Onde pure la forma di protezione solo la firma del medesimo esige.
Il consenso della banca, pur necessario trattandosi di un contratto, potrebbe dunque rivestire anche altre forme di manifestazione della volontà: di cui talune - quali la predisposizione del testo contrattuale, la raccolta della sottoscrizione del cliente, la consegna del documento negoziale o l'esecuzione del contratto medesimo *ex* art. 1327 c.c. - a valere quali comportamenti concludenti, idonei a rivelare, anche in via presuntiva, l'esistenza dell'originario consenso.
La firma (del funzionario) della banca non sarebbe dunque certo preclusa, ma resterebbe irrilevante per il perfezionamento e per l'efficacia del negozio; sarebbe parimenti irrilevante che il contratto fosse stato richiesto dal cliente, o provenisse direttamente dall'intermediario.
10. - Occorre ancora considerare come la medesima esigenza di protezione sia sottesa alla distinta previsione, contenuta nel D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23, comma 1, dell'obbligo di consegnare una copia del contratto al cliente, o, come si esprime la disposizione, "un esemplare": anche tale previsione va interpretata, dunque, in una prospettiva di tutela dell'investitore, il quale, ove non fosse in possesso di un modello del contratto da lui sottoscritto, potrebbe non riuscire a conoscere in pieno la sua posizione soggettiva verso la banca.
Fattispecie simili sono contemplate in altre disposizioni: oltre al D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 117 si ricorda il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 35 secondo cui, quando alcune clausole del contratto siano proposte al consumatore per iscritto, esse "devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile"; per il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 50 al consumatore vanno fornite le dovute informazioni "su supporto cartaceo o, se il consumatore è d'accordo, su un altro mezzo durevole. Dette informazioni devono essere leggibili e presentate in un linguaggio semplice e comprensibile"; sempre per il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 50, comma 2, il professionista "fornisce al consumatore una copia del contratto firmato o la conferma del contratto su supporto cartaceo o, se il consumatore è d'accordo, su un altro mezzo durevole"; per il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 67-undecies nei contratti finanziari a distanza il fornitore comunica al consumatore tutte le condizioni contrattuali e le necessarie informazioni "su supporto cartaceo o su un altro supporto durevole, disponibile e accessibile per il consumatore in tempo utile", prima della stipula; analoga disposizione, in tema di multiproprietà, reca il D.Lgs. n. 206 cit., art. 71; parimenti, il D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 124 come mo-

dificato nel 2010, prevede tra gli obblighi precontrattuali che siano fornite informazioni sul contratto di credito "su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso il modulo contenente le "Informazioni europee di base sul credito ai consumatori"" e, su richiesta, "è fornita gratuitamente copia della bozza del contratto di credito".
Insomma, requisiti "formali" come strumento non solo di manifestazione della volontà, ma di trasmissione di informazioni, dati e notizie sull'operazione.
Peraltro, qui si esclude che si tratti di obbligo di forma in senso tecnico, trattandosi di mero supporto per l'immagazzinamento dei dati" e di comportamenti imposti relativi alla documentazione (che, nell'ultima ipotesi indicata, sono richiesti espressamente prima del formarsi del vincolo, secondo una ratio che potrebbe essere estesa anche al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23: ed, infatti, in entrambe le fattispecie si tratta di offrire informazioni e trasparenza al cliente, perchè sia rispettata la sua libertà di autodeterminazione nelle scelte negoziali).
Dalla previsione dell'obbligo di consegna di un esemplare del documento negoziale, di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23, comma 1, e art. 30 Reg. Consob n. 11522 del 1998 (ora, art. 37 del Reg. Consob n. 16190 del 2007), non è dato poi trarre elementi in contrario, con riguardo al tema in discorso, nel senso della necessaria sottoscrizione della banca: si apprezza, invero, al riguardo la differenza con le diverse indicazioni degli artt. 1742 e 1888 cod. civ. sulla forma scritta ad probationem nei contratti di agenzia e di assicurazione, ove ciascuna parte "ha diritto di ottenere dall'altra un documento dalla stessa sottoscritto" e l'assicuratore "è obbligato a rilasciare al contraente la polizza di assicurazione o altro documento da lui sottoscritto".
Si è parlato così di "pluralismo di formalismi", in dipendenza delle diverse funzioni ad essi assegnate dall'ordinamento e delle conseguenze che ne derivano (solo in taluni limitati casi afferenti l'idoneità dell'atto di autonomia privata a produrre effetti), sovente di legislazione speciale o di provenienza comunitaria.
11. - Secondo la tesi che si va esponendo, la conclusione della irrilevanza della firma della banca deriva pure dalla necessità, nel rispetto della ratio della norma, di evitare una lettura dell'art. 23 cit. affatto disfunzionale ed inefficiente per il mercato finanziario, anche a fini di prevenzione di un facile uso opportunistico dello strumento formale.
Come potrebbe avvenire, alla stregua di quanto nella pratica non di rado è dato riscontrare, qualora il contratto sia, dapprima, a lungo e fruttuosamente eseguito con vantaggio per il cliente, il quale, a fronte di una perdita marginale successiva, si risolva ad impugnarlo per nullità, in ragione della mancata sottoscrizione della banca, senza che a quel punto ove si segua la tesi della natura ad substantiam della sottoscrizione dell'intermediario medesimo - possa rilevare l'avvenuta proficua esecuzione del contratto, ove pure protratta per molti anni con reciproca soddisfazione delle parti.
Si offrirebbe, così, tutela a quel contraente che, maliziosamente abusando di una posizione di vantaggio conferita dalla legge ad altri fini, deducesse la nullità del contratto pur eseguito senza contestazioni da entrambe le parti.
Si aggiunga altresì che, qualora la banca avesse sottoscritto la sua copia e consegnato la stessa al cliente, conservando la copia firmata da quest'ultimo, sarebbe non difficile, per il

cliente scorretto, non produrre comunque in giudizio detto esemplare in suo possesso e negare sia mai stato firmato: si apprezza qui la differenza "sociologica" con la nullità della tradizione codicistica, tipica dei contratti aventi ad oggetto beni immobili, di cui all'art. 1350 c.c. , dove la prassi appena descritta viene posta in essere nella realtà degli affari proprio sul presupposto - secondo l'id quod plerumque accidit - di un interesse dell'altro contraente a dedurre non la nullità, ma, al contrario, l'esistenza e la validità del contratto, chiedendone l'esecuzione.

Per tali ragioni, non lascia soddisfatti l'esplicita affermazione dell'attribuzione all'investitore della facoltà di far valere la nullità del contratto-quadro solo rispetto ad alcuni ordini, in quanto l'investitore potrebbe selezionare il rilievo della nullità e rivolgerlo ai soli acquisti che desideri caducare, ma non ad altri, pur attuativi del medesimo contratto quadro (v. Cass. 27 aprile 2016, n. 8395): ossia, il cd. uso selettivo della nullità del contratto-quadro, in quanto rivolta esclusivamente a produrre effetti nei confronti di alcuni acquisti di prodotti finanziari, soluzione che potrebbe avallare senz'altro l'uso abusivo del diritto, da altre decisioni di questa S.C. tuttavia ampiamente stigmatizzato (e multis: Cass. 13 settembre 2016, n. 17968, sulle assenze dal lavoro; 5 aprile 2016, n. 6533, sull'iscrizione di ipoteca; 21 ottobre 2015, n. 21318, sull'azione risarcitoria extracontrattuale; 12 giugno 2015, n. 12263, sul contratto di fideiussione e mancato tempestivo adempimento imputabile; 15 ottobre 2012, n. 17642, ancora in tema di fideiussione; accanto a tutta la giurisprudenza tributaria in tema), o, se si vuole, la condotta contraria a buona fede, secolare portato di civiltà giuridica *ex* art. 1375 c.c..

12. - Per l'opposta ricostruzione, secondo cui anche la sottoscrizione della banca è requisito di forma ad substantiam, deve porsi la questione se, avendo la nullità effetti *ex tunc*, a sua volta la banca sia legittimata o no a ripetere quanto versato a favore del cliente; o se, a fronte di un uso "selettivo" della nullità, l'intermediario possa eccepire la violazione della buona fede contrattuale, e con quali conseguenze.

Ancora, occorrerà domandarsi se sia ipotizzabile la convalida del contratto nullo, proprio per essere la nullità di tipo relativo, onde in ciò debba ravvisarsi uno di quei casi in cui la legge "dispone diversamente", ai sensi dell'art. 1423 c.c.. Secondo la tesi che reputa la forma scritta prevista ad substantiam anche quanto alla sottoscrizione del funzionario bancario, infatti, dovrebbe vagliarsi la possibilità giuridica se, così come l'investitore può opporsi alla declaratoria di nullità (come ribadito dalle citate Cass., sez. un., n. 26242 e n. 26243), specularmente egli possa già provvedere, consapevole di quella nullità, a convalidare il contratto mediante i comportamenti concretamente tenuti.

13. - In conclusione, il Collegio reputa opportuno rimettere la causa al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite, ai sensi dell'art. 374 c.p.c. , comma 3, costituendo questione di massima di particolare importanza se, a norma del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23 il requisito della forma scritta del contratto di investimento esiga, accanto a quella dell'investitore, anche la sottoscrizione ad substantiam dell'intermediario.

P.Q.M.

La Corte rimette la causa al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite, in ordine alla questione or ora precisata in motivazione.
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 11 aprile 2017.
Depositato in Cancelleria il 27 aprile 2017.

SURROGACY ARRANGEMENT ABROAD

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, GRAND CHAMBER, PARADISO AND CAMPANELLI V. ITALY, 24 GENNAIO 2017

The case concerns the placement in a social-service care of a nine-month-old child who had been born in Russia following a gestational surrogacy contract entered into by a couple; it subsequently transpired that they had no biological relationship with the child Relying on Article 8 (right to respect for private and family life), the applicants complain, in particular, about the child's removal from them, and about the refusal to acknowledge the parent-child relationship established abroad by registering the child's birth certificate in Italy.
European Court of Human Rights (Grand Chamber)
24 january 2017

CASE OF PARADISO AND CAMPANELLI V. ITALY (APPLICATION NO. 25358/12)

JUDGMENT
STRASBOURG

24 January 2017
In the case of Paradiso and Campanelli v. Italy,
PARADISO AND CAMPANELLI v. ITALY JUDGMENT 2
The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber
composed of:
Luis López Guerra, President,
Guido Raimondi,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Angelika Nußberger,
Vincent A. De Gaetano,
Khanlar Hajiyev,
Ledi Bianku,
Julia Laffranque,
Paulo Pinto de Albuquerque,
André Potocki,
Paul Lemmens,
Helena Jäderblom,
Krzystof Wojtyczek,
Valeriu Gri□ co,
Dmitry Dedov,
Yonko Grozev,
Síofra O'Leary, judges,

and Roderick Liddell, Registrar,
Having deliberated in private on 9 December 2015 and 2 November 2016,
Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 25358/12) against the Italian Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by two Italian nationals, Mrs Donatina Paradiso and Mr Giovanni Campanelli ("the applicants"), on 27 April 2012.
2. The applicants were represented by Mr P. Spinosi, a lawyer practising in Paris. The Italian Government ("the Government") were represented by their co-Agent, Mrs P. Accardo.
3. The applicants alleged, in particular, that the measures taken by the national authorities in respect of the child T.C. were incompatible with their right to private and family life, as protected by Article 8 of the Convention.
4. The application was allocated to the Second Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 27 January 2015, a Chamber of that Section composed of I□ ıl Karaka□, President, Guido Raimondi, András Sajó, Nebojša Vu□ini□, Helen Keller, Egidijus K□ris and Robert Spano, judges, and also of Stanley Naismith, Section Registrar, declared the application admissible regarding the complaint raised by the applicants on their own behalf under Article 8 of the Convention concerning the measures taken in respect of the child and the remainder of the application inadmissible, and held, by five votes to two, that there had been a violation of Article 8. The joint partly dissenting opinion of Judges Raimondi and Spano was annexed to the judgment. On 27 April 2015 the Government requested that the case be referred to the Grand Chamber under Article 43 of the Convention.
On 1 June 2015 the panel of the Grand Chamber granted that request.
5. The composition of the Grand Chamber was decided in
accordance with Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24.
6. The applicants and the Government each filed further written observations (Rule 59 § 1).
7. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 9 December 2015 (Rule 59 § 3).
There appeared before the Court:
(a) for the Government
Ms P. Accardo, Co-Agent,
Ms M.L. Aversano, Office of the Government Agent,
Ms A. Morresi, Ministry of Health,
Ms G. Palmieri, lawyer,
Mr G. D'Agostino, Ministry of Justice, Advisers;
(b) for the applicants
Mr P. Spinosi, lawyer, Counsel,
Mr Y. Pelosi, lawyer,
Mr N. Hervieu, lawyer, Advisers.
The Court heard addresses by Mr Spinosi, Ms Aversano, Ms

Morresi and Ms Palmieri and also their replies to questions from judges.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The applicants – a married couple – were born in 1967 and 1955 respectively and live in Colletorto.

A. The child's arrival in Italy

9. After trying to have a child and having unsuccessfully resorted to medically assisted reproduction techniques, the applicants put themselves forward as adoptive parents.

10. On 7 December 2006 the applicants obtained official authorisation from the Campobasso Minors Court to adopt a foreign child within the meaning of Law no. 184 of 1983, entitled "The Child's Right to a Family" (hereafter, "the Adoption Act"), subject to the condition that the child's age was to be compatible with the limits foreseen by the Act (see paragraph 63 below). The applicants state that they waited in vain for a child who was eligible for adoption.

11. They subsequently decided to try resorting to assisted reproduction techniques again and to a surrogate mother in Russia.

To that end, they contacted a Moscow-based clinic. The first applicant stated that she travelled to Moscow, transporting from Italy the second applicant's seminal fluid, duly conserved, which she handed in at the clinic.

A surrogate mother was found and the applicants entered into a gestational surrogacy agreement with the company Rosjurconsulting.

After a successful in vitro fertilisation on 19 May 2010, two embryos were implanted in the surrogate mother's womb on 19 June 2010.

12. On 16 February 2011 the Russian clinic certified that the second applicant's seminal fluid had been used for the embryos to be implanted in the surrogate mother's womb.

13. The first applicant travelled to Moscow on 26 February 2011, the clinic having indicated that the child was due to be born at the end of the month.

14. The child was born in Moscow on 27 February 2011. On the same day the surrogate mother gave her written consent to the child being registered as the applicants' son. Her written declaration, bearing the same date and read aloud at the hospital in the presence of her doctor, the chief physician and the head of the hospital department, is worded as follows (English translation of the original Russian version):

"I, the undersigned... have given birth to a boy in the ... maternity hospital in Moscow. The child's parents are an Italian married couple, Giovanni Campanelli, born on ... and Donatina Paradiso, born on..., who expressed in writing their wish to have their embryos implanted in my womb.

On the basis of the foregoing and in accordance with section 16(5) of the Federal Law on Civil Status and Article 51(4) of the Family Code, I hereby give my consent for the above couple to be entered in the birth record and the birth certificate as parents of the child to whom I have given birth..."

15. In the days following the child's birth, the first applicant moved with him into a flat in Moscow, rented by her in advance. The second applicant, who had remained in Italy, was able to communicate with her regularly via internet.
16. On 10 March 2011 the applicants were registered as the newborn baby's parents by the Registry Office in Moscow. The Russian birth certificate, which indicated that the applicants were the child's parents, was certified in accordance with the provisions of the Hague Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents.
17. On 29 April 2011 the first applicant went to the Italian Consulate in Moscow, with the birth certificate, in order to obtain the documents that would enable her to return to Italy with the child. The Italian Consulate issued the documents enabling the child to leave for Italy with the first applicant.
18. On 30 April 2011 the first applicant and the child arrived in Italy.
19. In a note of 2 May 2011 – which was not filed in the proceedings before the Court – the Italian Consulate in Moscow informed the Campobasso Minors Court, the Ministry of Foreign Affairs and the Colletorto Prefecture and Municipality that the paperwork in respect of the child's birth contained false information.
20. A few days later the second applicant contacted the Colletorto municipality, requesting that the birth certificate be registered.
B. The reaction of the Italian authorities
21. On 5 May 2011 the prosecutor's office opened criminal proceedings against the applicants, who were suspected of "misrepresentation of civil status" within the meaning of Article 567 of the Criminal Code, of "use of falsified documents" within the meaning of Article 489 of the Criminal Code and of the offence set out in section 72 of the Adoption Act, since they had brought the child to Italy in breach of the procedure provided for by the provisions on international adoption contained therein (see paragraph 67 below).
22. In parallel, on 5 May 2011, the Public Prosecutor's Office at the Campobasso Minors Court requested the opening of proceedings to make the child available for adoption, since he was to be considered as being in a state of abandonment for the purposes of the law. On the same date the Minors Court appointed a guardian ad litem (curator speciale) and opened proceedings to make the child available for adoption.
23. On 16 May 2011 the Minors Court placed the child under guardianship at the request of the Public Prosecutor. The child's guardian asked the court to suspend the applicants' parental responsibility, in application of section 10 § 3 of the Adoption Act.
24. The applicants challenged the measures in respect of the child.
25. Following a request of the Minors Court on 10 May 2011, the applicants were visited by a team of social workers on 12 May 2011.
Their report, dated 18 May 2011, indicated that the applicants were viewed positively and respected by their fellow citizens, and that they had a comfortable income and lived in a nice house. According to the report, the child was in excellent health and his well-being was selfevident, since he was being cared for by the applicants to the highest standards.
26. On 25 May 2011 the first applicant, assisted by her lawyer, was questioned by the Larino carabinieri. She stated that she had travelled to Russia alone in September 2008, transporting her husband's seminal fluid. She stated that she entered into a contract with

the company Rosjurconsulting, which had undertaken to find a surrogate mother willing to be implanted with genetic material from the first applicant and her husband through the Vitanova Clinic in Moscow. The applicant explained that this practice was perfectly legal in Russia and had made it possible for her to obtain a birth certificate which identified the applicants as parents. In June or July 2010 the first applicant had been contacted by the Russian company, which informed her that a surrogate mother had been found, and she had given her consent to the medical procedure.

27. On 27 June 2011 the applicants were heard by the Minors Court. The first applicant stated that, after eight unsuccessful attempts at in vitro fertilisation, which had endangered her health, she had resorted to the Russian clinic, since it was possible in that country to use ova from a donor, which were subsequently implanted in the surrogate mother.

28. On 7 July 2011 the court ordered that DNA testing be carried out in order to establish whether the second applicant was the child's biological father.

29. On 11 July 2011 the Ministry of the Interior asked the Registry Office to refuse to enter the particulars of the birth certificate in the civil-status register.

30. On 1 August 2011 the second applicant and the child underwent DNA testing. The result of these tests showed that there was no genetic link between them.

31. Following the outcome of these tests, the applicants sought an explanation from the Russian clinic. Months later, in a letter of 20 March 2012, the clinic's management informed them that it had been surprised by the results of the DNA test. It stated that there had been an internal inquiry, since an error had clearly occurred, but it had proved impossible to identify the individual responsible for the error, given that there had been dismissals and recruitment of other staff in the meantime.

32. On 4 August 2011 the Registry Office of the Colletorto Municipality refused to register the Russian birth certificate. The applicants lodged an appeal with the Larino Court against this refusal.

The subsequent proceedings are set out in paragraphs 46-48 below.

33. The Public Prosecutor asked the Larino Court to give the child a new identity and to issue a new birth certificate.

C. The subsequent proceedings before the minors courts

1. The decision of the Minors Court of 20 October 2011 34. As part of the proceedings to make the child available for adoption which were then pending before the Minors Court (see paragraph 22 above), the applicants asked a psychologist, Dr I., to prepare a report on the child's well-being. The report drawn up by Dr I. on 22 September 2011, after four meetings with the child, indicates that the applicants – who were attentive to the child's needs – had developed a deep emotional bond with him. The report indicated that the grandparents and other family members also surrounded the child with affection, and that he was healthy, lively and responsive. Dr I. concluded that the applicants were suitable parents for the child, both from a psychological perspective and in terms of their ability to educate him and bring him up. She added that possible removal measures would have devastating consequences for the child, explaining that he would go through a depressive phase on account of a sense of abandonment and the loss of the key persons in his life. In her

opinion, this could lead to somatic symptoms and compromise the child's psycho-physical development, and, in the long term, symptoms of psychotic pathology could emerge.
35. The applicants asked for the child to be placed with them, with a view to adopting him if necessary.
36. By an immediately enforceable decision of 20 October 2011, the Campobasso Minors Court ordered that the child be removed from the applicants, taken into the care of the social services and placed in a children's home (casa famiglia).
37. The relevant passages of the Minors Court's decision read as follows:
"...
In their evidence Mr Campanelli and Mrs Paradiso stated that Mrs Paradiso had travelled to Russia carrying her husband's semen in a special container, and had there entered into an agreement with the company Rosjurconsulting. Under this agreement, Mrs Paradiso had delivered her husband's semen to a pre-determined clinic. One or more eggs from an unknown female donor had been fertilised in vitro with this semen, and then implanted into another woman, whose identity is known and who had subsequently given birth to the child in question on 27 February 2011. In exchange, Mr Campanelli and Mrs Paradiso had paid a large amount of money. Mrs Paradiso stated that the woman who had given birth to the child had waived her rights to him and had consented to him being referred to on the birth certificate, drawn up in Russia, as the son of Mr Campanelli and Mrs Paradiso (a copy of the informed consent, given on 27 February 2011 by the woman who gave birth to the child, is on file in these proceedings).
A court-appointed expert witness was then instructed to establish whether the minor child was the biological son of Giovanni Campanelli. In her report the court-appointed expert witness, Ms [L.S.], concluded that the results obtained by means of typing of the DNA of Giovanni Campanelli and the DNA of the minor child [T.C.] rule out Giovanni Campanelli as the child's biological father. In today's hearing Mr Campanelli and Mrs Paradiso referred to their previous evidence and Mrs Paradiso repeated that she had taken her husband's semen to Russia to be used for the purpose of the intended fertilisation.
However, the conclusions of the court-appointed expert witness have not been challenged.
At the close of the hearing, the Public Prosecutor requested that the application by Mr Campanelli and Mrs Paradiso be refused, that the minor child be placed in the care of third parties and that a temporary guardian be appointed for him. The child's guardian ad litem asked that the child be placed in care under section 2 of the Adoption Act and that a guardian be appointed. Mr Campanelli and Mrs Paradiso requested primarily that the court award them temporary care of the child with a view to subsequent adoption; in the alternative, they requested the suspension of these proceedings pending the criminal classification of the offences, and the suspension of the abovementioned criminal proceedings against them and of the proceedings before the Campobasso Court of Appeal to challenge the refusal to register the child's birth certificate; again in the alternative, they requested the suspension of these proceedings under section 14 of Law no. 184/1983 for the purpose of a possible repatriation of the minor child to Russia, or, failing that, for the child to be placed with them under section 2 of the cited law.
That being the case, the court finds that the statements by Mr Campanelli and Mrs Paradiso regarding the delivery to Russia of Giovanni Campanelli's genetic material are not sup-

ported by any evidence. On the other hand, it has been established that the minor [T.C.] is neither the biological son of Donatina Paradiso, nor, given the evidence of the expert report, of Giovanni Campanelli.
At the present time the only certainty is the identity of the woman who gave birth to the baby. The biological parents of the baby, that is, the man and the woman who provided the gametes, remain unknown.
In the light of this evidence, the present case cannot be viewed as a case of so-called gestational surrogacy, which is the case where the surrogate mother who gives birth to the baby has no genetic link to him or her, the fertilisation having taken place with the egg(s) of a third woman. Indeed, in order to be able to talk of gestational or traditional surrogacy (in the latter, the surrogate mother makes her own ovules available) there must be a biological link between the child and at least one of the two intended parents (in this specific case, Mr Campanelli and Mrs Paradiso), a biological link which, as has been seen, is non-existent."
In the court's view, the applicants had thus placed themselves in an unlawful situation:
"It follows that by bringing a baby to Italy, passing him off as their own son, in blatant infringement of the provisions of our legislation (Law no. 184 of 4 May 1983) governing inter-country adoption of children, Mr Campanelli and Mrs Paradiso have acted unlawfully. Besides any criminal offences which may have been committed (infringement of section 72(2) of Law no. 184/1983), which are not within the jurisdiction of this court, it is noted that the agreement entered into between Mrs Paradiso and the company Rosjurconsulting had unlawful elements since, given the terms of the agreement (the delivery of Mr Campanelli's genetic material for the fertilisation of another woman's ovules), it was in breach of the ban on the use of assisted reproductive technology (A.R.T.) of a heterologous type laid down by section 4 of Law no. 40 of 19 February 2004.
In any event, it is pointed out that despite being in possession of the authorisation for inter-country adoption issued by order of this court on 7 December 2006, Mr Campanelli and Mrs Paradiso, as has been stated, intentionally evaded the provisions of Law no. 184/1983, which provide not only that the intended adoptive parents must apply to an authorised body (section 31) but also for the involvement of the Commission for Inter-country Adoption (section 38), the only body competent to authorise entry and permanent residence of a foreign child in Italy (section 32)."
The court therefore found it necessary, first and foremost, to put an end to this unlawful situation:
"It is therefore necessary, above all, to prevent this unlawful situation from continuing, since to maintain it would be equivalent to ratifying unlawful conduct in open violation of the provisions of our legislation. Accordingly, it is necessary to remove the minor child from Mr Campanelli and Mrs Paradiso and place him in an appropriate structure with a view to identifying a suitable couple to foster the child as soon as possible. The Social Services Department of the Municipality of Colletorto is therefore instructed to identify an appropriate structure and to place the child in it. The Italian legislation on adoption applies to this child in accordance with section 37a of Law No. 184/1983, there being no doubt that he is in Italy in a state of abandonment, having been deprived of his biological parents and other relatives, and the mother who gave birth to him having renounced him.

Admittedly, it cannot be denied that the child will in all likelihood suffer harm from being separated from Mr Campanelli and Mrs Paradiso. However, given the age of the child and the short time he has spent with them, the court cannot agree with the conclusions of the report by psychologist [Dr I.] (instructed by Mr Campanelli and Mrs Paradiso), finding that it is certain that the child's separation from them would entail devastating consequences. Indeed, according to the literature on this subject, the mere separation from the main caregivers is not a causal agent of a psychopathological state in a child unless other causal factors are present. The trauma caused by the separation from Mr Campanelli and Mrs Paradiso will not be irreparable, given that a search will begin immediately for a couple able to attenuate the consequences of the trauma, through a compensatory process that will encourage a new adaptation.
It is also pointed out that the fact that Mr Campanelli and Mrs Paradiso (and in particular Mrs Paradiso) have put up with the hardships and the difficulties of A.R.T (Mrs Paradiso has also stated that during one of these interventions her life was at risk) and have preferred, despite being in possession of an approval for inter-country adoption, to circumvent Italian legislation on this subject gives rise to the doubt and the fear that the minor child may be an instrument to fulfil a narcissistic desire of Mr Campanelli and Mrs Paradiso or to exorcise an individual or joint problem. In the light of the conduct of Mr Campanelli and Mrs Paradiso during the events under examination, all of this throws a consistent shadow over their possession of genuine affective and educational abilities and of the instinct of human solidarity which must be present in any person wishing to bring the children of others into their lives as their own children. The separation of the minor child from Mr Campanelli and Mrs Paradiso thus corresponds to the best interests of the child."
38. According to the applicants, the court's decision was enforced on the same day, without their having been informed of the decision in advance.
2. The appeal against the decision of the Minors Court
39. The applicants lodged an appeal (reclamo) before the Campobasso Court of Appeal. They argued, inter alia, that the Italian courts could not contest the Russian birth certificate. They further requested that no measures be taken concerning the child while the criminal proceedings against them and the proceedings challenging the refusal to enter the birth certificate in the Italian civil-status register were pending.
3. The Campobasso Court of Appeal's decision of 28 February 2012
40. By a decision of 28 February 2012, the Campobasso Court of Appeal dismissed the appeal.
The Court of Appeal found that the child T.C. was "in a state of abandonment" (in stato di abbandono) within the meaning of section
8 of the Adoption Act, as the applicants were not his parents. In those circumstances, the question of whether or not the applicants were criminally liable and whether or not there had been an error in the use of seminal fluid of unknown origin was not, in its view, relevant. In the Court of Appeal's opinion, it was not appropriate to await the outcome of the criminal trial or of the proceedings brought by the applicants to challenge the refusal to enter the particulars of the birth certificate in the register. The Court of Appeal also considered that section 33 of Law no. 218/95 (the Private International Law Act) did not prevent the Italian courts from refusing to comply with certified information from a foreign State,

and that there was no issue of lack of jurisdiction, since, according to section 37bis of the Adoption Act, "... the Italian law governing adoption, fostering, and necessary measures in case of urgency shall be applicable to a foreign minor child who is in [Italy] in a state of abandonment" (cf. also Cass 1128/92)".

41. No appeal to the Court of Cassation lay against that decision (see paragraph 68 below).

D. Preventive seizure of the birth certificate

42. In the meantime, on 30 October 2011 the public prosecutor at the Larino Court had ordered the preventive seizure of the Russian birth certificate, on the ground that it was an essential item of evidence.

In the prosecutor's view, in all probability the applicants had not only committed the offences with which they were charged, but they had attempted to conceal them. They had, according to him, inter alia, stated that they were the biological parents and had then corrected their versions of events as these were successively disproved.

43. The applicants challenged the preventive seizure order.

44. By a decision of 20 November 2012, the Campobasso Court dismissed the applicants' appeal on the ground of the strong suspicions that they had committed the offences in question. In particular, the court noted the following facts: the first applicant had spread a rumour that she was pregnant; she had gone to the Italian Consulate in Moscow and implied that she was the natural mother; she had subsequently admitted that the child had been born to a surrogate mother; she had stated to the carabinieri on 25 May 2011 that the second applicant was the biological father, which had been disproved by the DNA tests; she had thus made false statements; she had been very vague as to the identity of the genetic mother; the documents concerning the surrogate motherhood stated that the two applicants had been seen by the Russian doctors, which did not correspond to the fact that the second applicant had not travelled to Russia; the documents relating to the birth did not give any precise date. The court considered that the only certainty was that the child had been born and that he had been handed over to the first applicant against payment of almost 50,000 euros (EUR). In the court's view, the hypothesis that the applicants had behaved illegally with a view to having the particulars of the birth certificate entered in the civil-status register and to circumventing the Italian legislation thus appeared wellfounded.

45. In November 2012 the Public Prosecutor transmitted the decision regarding the preventive seizure to the Minors Court and indicated that a conviction under section 72 of the Adoption Act would deprive the applicants of the possibility of fostering (affido) the child and of adopting him or other minors. In the Public Prosecutor's view, there was therefore no other solution but to proceed with the adoption procedure for the child, and his temporary placement with a foster family had therefore been requested, in accordance with sections 8 and 10 of the Adoption Act. The Public Prosecutor repeated his request and emphasised that the child had been removed more than a year previously, and that he had since been living in a children's home (casa famiglia), where he had developed meaningful relationships with the persons responsible for his care. He explained that the child had thus still not found a family environment to replace the one that had been illegally provided by the couple who had brought him to Italy. According to the Public Prosecutor, the child seemed destined for another separation, even more painful than that from the mother who had given birth to him and then from the woman who claimed to be his mother.

E. The proceedings brought by the applicants to challenge the refusal to enter the particulars of the birth certificate in the civil-status register

46. An appeal having been lodged to contest the Registry Office's refusal to enter the particulars of the Russian birth certificate in the civil-status register, the Larino Court declined jurisdiction on 29 September 2011. The proceedings were subsequently resumed before the Campobasso Court of Appeal. The applicants insisted that the particulars of the Russian birth certificate be entered in the Italian register.

47. By an immediately enforceable decision of 3 April 2013, the Campobasso Court of Appeal ruled on the transcription of the birth certificate into the Italian register. By way of introduction, the Court of Appeal dismissed the objection raised by the guardian to the effect that the applicants did not have standing to bring an action before that court; it acknowledged that the applicants had standing to bring proceedings in that they were referred to as the "parents" in the birth certificate that they wished to have entered in the civil-status register.

However, the Court of Appeal considered it clear that the applicants were not the biological parents and concluded that there had not therefore been a gestational surrogacy. It noted that the parties were in agreement that the Russian legislation presupposed a biological link between the child and at least one of the intended parents before the term surrogate motherhood could be used. It concluded that the birth certificate was fraudulent (ideologicamente falso) and in breach of Russian law. In the Court of Appeal's view, given that there was nothing to show that the child had Russian citizenship, the applicants' argument that Italian law was inapplicable ran counter to section 33 of the Private International Law Act, which stated that the legal parentchild relationship was determined by the national law governing the child at the time of his or her birth.

The Court of Appeal added that it was contrary to public order to register the contested birth certificate, since it was fraudulent. It stated that although the applicants had pleaded their good faith, alleging that they were unable to explain why the second applicant's seminal fluid had not been used in the Russian clinic, this made no difference to the situation and did not alter the fact that the second applicant was not the biological father.

48. In conclusion, the Court of Appeal held that it was legitimate to refuse to register the Russian birth certificate and to grant the Public Prosecutor's request that a new birth certificate be issued. The Court of Appeal therefore ordered that a new birth certificate be issued, indicating that the child was the son of persons unknown, born in Moscow on 27 February 2011, and that he would be given a new name, determined in accordance with Presidential Decree no. 396/00.

F. The fate of the child

49. Following execution of the decision issued by the Minors Court on 20 October 2011, the child was placed in a children's home for about fifteen months, in a location that was unknown to the applicants.

All contact between the applicants and the child was prohibited. They were unable to obtain any news of him.

50. In January 2013 the child was placed in a family with a view to his adoption.

51. At the beginning of April 2013 the guardian asked the Minors Court to give the child a formal identity, so that he could be registered for school without complications. He stated that the child had been placed in a family on 26 January 2013, but that he did not have an identity. This "inexistence" had a significant impact on administrative matters, particularly with regard to deciding under what name the child was to be registered for school, for vaccination records, and for residence. While accepting that this situation corresponded to the aim of preventing the applicants from discovering the child's whereabouts, for his own protection, the guardian explained that a temporary formal identity would enable the secrecy surrounding the child's real identity to be maintained, while simultaneously enabling him to have access to public services; for the time being, he was entitled only to use emergency medical services.
52. The case file indicates that this request was granted by the Minors Court and that the child received a formal identity.
53. The Government have indicated that the child has now been adopted.
G. The outcome of the proceedings before the Minors Court
54. The proceedings to make the child available for adoption were resumed before the Minors Court of Campobasso (see paragraph 22 above). The applicants confirmed their opposition to the child's placement with third persons. The guardian asked for a statement ruling that the applicants no longer had *locus standi*. The Public Prosecutor asked the Minors Court not to declare the child available for adoption using the name originally given to him, on the ground that, in the meantime, he had opened a second set of proceedings requesting that the child be declared available for adoption under his new identity (child of unknown parents).
55. On 5 June 2013, the Minors Court held that the applicants no longer had standing to act in the adoption proceedings, given that they were neither the child's parents nor members of his family within the meaning of section 10 of the Adoption Act. The court stated that it would settle the question of the child's adoption in the context of the other set of adoption proceedings, referred to by the Public Prosecutor.
H. The outcome of the criminal proceedings brought against the applicants
56. No information has been provided by the parties concerning subsequent developments in the criminal proceedings brought against the applicants. It seems that those proceedings are still pending.

II. Relevant Domestic Law And Practice

A. Italian law
1. Private International Law Act
57. Under section 33 of the Private International Law Act 1995 (Law no. 218), the legal parent-child relationship is determined by the national law governing the child at the time of his or her birth.
2. Simplification of Civil Status Act
58. Presidential Decree no. 396 of 3 November 2000 (Simplification of Civil Status Act) provides that declarations of birth concerning Italian nationals which have been drawn up abroad must be transmitted to the consular authorities (section 15). The consular authori-

ties transmit a copy of the documents, for the purpose of their entry in the civil-status register, to the municipality in which the individual concerned intends to take up residence (section 17).
Documents drawn up abroad cannot be entered in the register if they are contrary to public order (section 18). In order to have full legal force in Italy, foreign decisions (provvedimenti) in respect of persons' capacity or the existence of family relationships must not be contrary to public order (section 65).
3. Medically Assisted Reproduction Act
59. Section 4 of Law no. 40 of 19 February 2004 (the Medically Assisted Reproduction Act) prohibited the use of heterologous assisted reproduction techniques. Failure to comply with this provision entailed a financial penalty ranging from EUR 300,000 to EUR 600,000.
60. In judgment no. 162 of 9 April 2014, the Constitutional Court found these provisions to be contrary to the Constitution where the above prohibition concerned a heterosexual couple suffering from proven and irreversible sterility or infertility.
61. In the same judgment, the Constitutional Court held that the prohibition on surrogate motherhood imposed by section 12 § 6 of the Act, was, on the contrary, legitimate. That provision makes it an offence to carry out, organise or advertise the commercialisation of gametes, embryos or surrogate motherhood. The penalties incurred are imprisonment, ranging from three months to two years, and a fine, ranging from EUR 600,000 to 1,000,000.
62. In judgment no. 96 of 5 June 2015, the Constitutional Court again examined the prohibition on using heterologous reproduction techniques and held that the relevant provisions were unconstitutional in respect of couples who are fertile but are carriers of serious genetically transmitted diseases.
4. The relevant provisions in respect of adoption 63. The provisions concerning the procedure for adoption are set out in Law no. 184/1983 ("the Adoption Act"), as amended by Law no. 149 of 2001, entitled "The Child's Right to a Family".
Section 2 of the Act provides that a minor who has temporarily been deprived of a satisfactory family environment may be placed with another family, if possible including other minor children, or with a single person, or with a family-type community, for the purposes of providing him or her with support, an upbringing and education. If it is not possible to provide him with a satisfactory family environment, a minor may be placed in a public or private children's home, preferably in the area in which he has been living.
Section 5 of the Act provides that the family or person with whom the minor has been placed must provide him or her with support, an upbringing and education, taking account of instructions from the guardian and in compliance with the judicial authority's directions. In any event, the foster family exercises parental responsibility with regard to relations with the school and the national health service. The foster family must be heard in the proceedings on placement and the proceedings concerning the order that the child is available for adoption.
Section 6 of the Act lays down age limits for adopting. The difference in age between the child and the adopting parent must be a minimum of eighteen years and a maximum of forty-five years, a limit which may be extended to fifty-five years for the second adopting

parent. The minors courts may derogate from these age limits where they consider that the fact of not proceeding with the child's adoption would be harmful to him or her.
Furthermore, section 7 provides that adoption is possible for minors who have been declared available for adoption.
Section 8 provides that "the Minors Court may, even of its own motion, declare ... a minor available for adoption if he or she is in a state of abandonment in the sense of being deprived of all emotional or material support from the parents or the members of his or her family responsible for providing such support other than in temporary cases of force majeure". Section 8 continues: "A minor shall continue to be considered in a state of abandonment ... even if he or she is in a children's home or has been placed in a foster home.
Lastly, section 8 provides that a case of force majeure shall be deemed to have ceased where the parents or other members of the minor's family responsible for providing support refuse assistance from the authorities and the court considers their refusal unjustified.
The fact that a minor is in a state of abandonment may be reported to the authorities by any member of the public or noted by a court of its own motion. Furthermore, any public official and any member of the minor's family who is aware that a child is in a state of abandonment must report the situation to the authorities. Children's homes must keep the judicial authorities regularly informed of the situation of minors whom they take into their care (section 9).
Section 10 then provides that, pending a minor's placement in a foster home before adoption, the court may order any temporary measure which is in the minor's interests, including, if necessary, the suspension of parental responsibility.
Sections 11 to 14 provide that enquiries shall be made so as to clarify the minor's situation and determine whether he or she is in a state of abandonment. In particular, section 11 provides that where, in the course of these enquiries, it transpires that the child does not have contact with any member of his or her family up to the fourth degree, the court may issue a declaration that he or she is available for adoption, unless an adoption application has been made within the meaning of section 44 of the Act.
If, at the end of the procedure provided for in the above sections, the minor is still in a state of abandonment within the meaning of section 8, the Minors Court shall declare him or her available for adoption if: (a) the parents or other members of the family have not appeared in the course of the proceedings; (b) it is clear from interviews with them that they are still failing to provide the child with emotional and material support and are unable to remedy the situation; and (c) measures ordered under section 12 have not been implemented through the parents' fault (section 15). Section 15 also provides that a declaration that a minor is available for adoption shall be made in a reasoned decision of the Minors Court sitting in chambers, after it has heard the Public Prosecutor, the representative of the children's home in which the minor has been placed or any foster parent, the guardian, and the minor if he or she is aged over twelve years or, if aged under twelve, where this is deemed necessary.
Section 17 provides that an objection to a decision declaring a child available for adoption must be lodged within thirty days of the date of notification to the requesting party.
Under section 19, parental responsibility is suspended while a minor is available for adoption.

Lastly, section 20 provides that a minor shall no longer be available for adoption if he or she has been adopted or has come of age. Moreover, a declaration that a child is available for adoption may be annulled, either by the court of its own motion or at the request of the parents or the Public Prosecutor, if the conditions laid down in section 8 have in the meantime ceased to apply. However, if the minor has been placed with a family with a view to adoption (affidamento preadottivo) under sections 22-24, the declaration that he or she is available for adoption cannot be annulled.

64. Section 44 provides for certain cases of special adoption: adoption is possible for minors who have not yet been declared available for adoption. In particular, section 44 (d) authorises adoption when it is impossible to place the child in alternative care pending adoption.

65. Section 37bis of this Act provides that Italian law applies to foreign minors who are in Italy and who are in "a state of abandonment" with regard to adoption, placement and urgent measures.

66. In order to be able to adopt a foreign minor, persons wishing to adopt must contact an organisation that is authorised to look for a child (section 31) and the Commission for International Adoptions (section 38). The latter is the only body that is competent to authorise the entry and permanent residence of a foreign minor in Italy (section 32). Once the minor has arrived in Italy, the minors court orders that the information on the adoption decision be transcribed into the civil-status register.

67. Under section 72 of the Act, any person who – in violation of the provisions set out in paragraph 66 above – brings into the territory of the State a foreign minor, in order to obtain money or other benefits, and in order that the minor be entrusted permanently to Italian citizens, is committing a criminal offence punishable by a prison term of between one and three years. This sanction also applies to those persons who, in exchange for money or other benefits, accept the "placement" of foreign minors on a permanent basis. Conviction for this offence entails disqualification from fostering children (affido) and from becoming a guardian.

5. Appeal on points of law under Article 111 of the Constitution

68. Under Article 111 § 7 of the Italian Constitution, appeals to the Court of Cassation to allege violations of the law are always possible against judgments or measures affecting personal freedom. The Court of Cassation extended the scope of this remedy to civil proceedings where the impugned decision has a substantial impact on situations (decisoria) and where it cannot be varied or revoked by the same court which delivered it (definitiva).

Decisions concerning urgent measures with regard to a child in a state of abandonment, taken by the minors court on the basis of section 10 of the Adoption Act (Articles 330 et seq. of the Civil Code, Article 742 of the Code of Civil Procedure) may be varied or revoked.

They may be the subject of a complaint before the court of appeal. No appeal on points of law can be made in respect of decisions that may be varied and revoked at any point (Court of Cassation, Section I, judgment of 18 October 2012, no. 17916).

6. The law establishing the minors courts

69. Royal Decree no. 1404 of 1934, which subsequently became Law no. 835 of 1935, established the minors courts. This law has since been amended on several occasions.

Under section 2, all minors courts are made up of an appeal court judge, a judge of first-instance and two lay judges. The latter are chosen from specialists in biology, psychiatry, criminal anthropology, pedagogy or psychology.

B. The Court of Cassation's case-law

1. Prior to the hearing before the Grand Chamber

70. The Court of Cassation (Section I, judgment no. 24001 of 26 September 2014) ruled in a civil case concerning two Italian nationals who had travelled to Ukraine to have a child with the help of a surrogate mother. The Court of Cassation held that the decision to take the child into care was lawful. Having noted the absence of genetic links between the child and the intended parents, the Court of Cassation concluded that the impugned situation was illegal under Ukrainian law, since the latter required a biological link with one of the intended parents. The Court of Cassation reiterated that the prohibition on surrogate motherhood was still in force in Italy. It explained that the prohibition on surrogate motherhood in Italian law was a criminal-law one, and was intended to protect the surrogate mother's human dignity and the practice of adoption. It added that only a legally recognised adoption, organised in accordance with the regulations, would allow non-genetic parenthood to be validated. It stated that the assessment of the child's best interests had been carried out in advance by the legislature, and the court had no discretion in this matter. It concluded that there could be no conflict of interest with the child's interests where the court applied the domestic law and refused to take into account a legal parent-child relationship established abroad following a gestational surrogacy arrangement.

2. Subsequent to the Grand Chamber hearing

71. The Court of Cassation (Section V, judgment no. 13525 of 5 April 2016) ruled in criminal proceedings against two Italian nationals who had travelled to Ukraine in order to conceive a child and had used an ova donor and a surrogate mother. Ukrainian law required that one of the two parents be the biological parent. The acquittal judgment delivered at first instance had been challenged by the public prosecutor before the Court of Cassation. That court dismissed the public prosecutor's appeal on points of law, thus confirming the acquittal, which had been based on the finding that the defendants had not been in breach of section 12 § 6 of Law no. 40 of 19 February 2004 (the Medically Assisted Reproduction Act), given that they had had recourse to an assisted reproduction technique which was legal in the country in which it was practised. In addition, the Court of Cassation considered that the fact that the defendants had submitted a foreign birth certificate to the Italian authorities did not constitute the offence of "making a false statement as to identity" (Article 495 of the Criminal Code) or "falsifying civil status" (Article 567 of the Criminal Code), since the certificate in question was legal under the law of the issuing country.

72. The Court of Cassation (Section I, judgment no. 12962/14 of 22 June 2016) ruled in a civil case in which the claimant had asked to be able to adopt her companion's child. The two women had travelled to Spain to use assisted reproduction techniques that were forbidden in Italy. One of them was the "mother" under Italian law, and the seminal fluid had been provided by an unknown donor. The claimant had been successful at first and second instance. On an appeal by the public prosecutor, the Court of Cassation dismissed the latter's submissions, and thus accepted that a child born through assisted reproduction techniques within a same-sex female couple could be adopted by the woman who had not giv-

en birth to that child. In reaching that conclusion the Court of Cassation took into account the stable emotional bond between the claimant and the child, and the best interests of the minor child. The Court of Cassation referred to section 44 of the Adoption Act, which provides for special circumstances.

C. Russian law

73. At the relevant time, namely until February 2011, when the child was born, the only relevant legislation in force was the Family Code of 29 December 1995. That Code provided that a married couple could be recognised as the parent couple of a child born to a surrogate mother where the latter has given her written consent (Article 51 § 4 of the Family Code). The Family Code was silent on the question whether or not the intended parents should have a biological link to the child in the event of a gestational surrogacy agreement. Implementing Decree no. 67, which was adopted in 2003 and remained in force until 2012, was also silent on this point.

74. Subsequent to the child's birth, the Basic Law on the Protection of Citizens' Health, which was enacted on 21 November 2011 and entered into force on 1 January 2012, introduced provisions to regulate medical activities, including assisted reproduction. Section 55 of this law defines gestational surrogacy as the fact of bearing and handing over a child on the basis of a contract concluded between the surrogate mother and the intended parents, who provide their own genetic material.

Decree no. 107, issued by the Minister of Health on 30 August 2012, defines gestational surrogacy as a contract entered into between the surrogate mother and the intended parents who have used their genetic material for the conception.

III. RELEVANT INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

A. The Hague Convention Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents

75. The Hague Convention Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents was concluded on 5 October 1961. It applies to public documents – as defined in Article 1 – which have been drawn up in the territory of one Contracting State and which must be produced in the territory of another Contracting State.

Article 2

"Each Contracting State shall exempt from legalisation documents to which the present Convention applies and which have to be produced in its territory.

For the purposes of the present Convention, legalisation means only the formality by which the diplomatic or consular agents of the country in which the document has to be produced certify the authenticity of the signature, the capacity in which the person signing the document has acted and, where appropriate, the identity of the seal or stamp which it bears."

Article 3

"The only formality that may be required in order to certify the authenticity of the signature, the capacity in which the person signing the document has acted and, where appropriate, the identity of the seal or stamp which it bears, is the addition of the certificate de-

scribed in Article 4, issued by the competent authority of the State from which the document emanates."
Article 5
"The certificate shall be issued at the request of the person who has signed the document or of any bearer. When properly filled in, it will certify the authenticity of the signature, the capacity in which the person signing the document has acted and, where appropriate, the identity of the seal or stamp which the document bears. The signature, seal and stamp on the certificate are exempt from all certification."
The explanatory report on this Convention indicates that the certificate does not attest to the truthfulness of the content of the original document. This limitation on the legal effects deriving from the Hague Convention is intended to preserve the right of the signatory States to apply their own choice-of-law rules when they are required to determine the probatory force to be attached to the content of the certified document.
B. The United Nations Convention on the Rights of the Child
76. The relevant provisions of the United Nations Convention on the Rights of the Child, concluded in New York on 20 November 1989, read as follows:
Preamble
"The States Parties to the present Convention,
...
Convinced that the family, as the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all its members and particularly children, should be afforded the necessary protection and assistance so that it can fully assume its responsibilities within the community. Recognizing that the child, for the full and harmonious development of his or her personality, should grow up in a family environment, in an atmosphere of happiness, love and understanding,
...
Have agreed as follows:
...
Article 3
1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.
...
Article 7
1. The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and. as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents.
...
Article 9
1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will...
Article 20

1. A child temporarily or permanently deprived of his or her family environment, or in whose own best interests cannot be allowed to remain in that environment, shall be entitled to special protection and assistance provided by the State.
2. States Parties shall in accordance with their national laws ensure alternative care for such a child.
3. Such care could include, inter alia, foster placement, kafalah of Islamic law, adoption or if necessary placement in suitable institutions for the care of children. When considering solutions, due regard shall be paid to the desirability of continuity in a child's upbringing and to the child's ethnic, religious, cultural and linguistic background.
Article 21
States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration
and they shall:
(a) Ensure that the adoption of a child is authorized only by competent authorities who determine, in accordance with applicable law and procedures and on the basis of all pertinent and reliable information, that the adoption is permissible in view of the child's status concerning parents, relatives and legal guardians and that, if required, the persons concerned have given their informed consent to the adoption on the basis of such counselling as may be necessary;
(b) Recognize that inter-country adoption may be considered as an alternative means of child's care, if the child cannot be placed in a foster or an adoptive family or cannot in any suitable manner be cared for in the child's country of origin;
(c) Ensure that the child concerned by inter-country adoption enjoys safeguards and standards equivalent to those existing in the case of national adoption;
(d) Take all appropriate measures to ensure that, in inter-country adoption, the placement does not result in improper financial gain for those involved in it;
(e) Promote, where appropriate, the objectives of the present article by concluding bilateral or multilateral arrangements or agreements, and endeavour, within this framework, to ensure that the placement of the child in another country is carried out by competent authorities or organs...."
77. In its General Comment no. 7 (2005) on implementing child rights in early childhood, the Committee on the Rights of the Child www.comparazionedirittocivile.it PARADISO AND CAMPANELLI v. ITALY JUDGMENT 25 wished to encourage the States Parties to recognise that young children are holders of all rights enshrined in the Convention on the Rights of the Child and that early childhood is a critical period for the realisation of these rights. In particular, the Committee refers to the best interests of the child:
"13. Article 3 sets out the principle that the best interests of the child are a primary consideration in all actions concerning children. By virtue of their relative immaturity, young children are reliant on responsible authorities to assess and represent their rights and best interests in relation to decisions and actions that affect their well-being, while taking account of their views and evolving capacities. The principle of best interests appears repeatedly within the Convention (including in articles 9, 18, 20 and 21, which are most relevant to early childhood). The principle of best interests applies to all actions concerning children and requires active measures to protect their rights and promote their survival, growth, and

well-being, as well as measures to support and assist parents and others who have day-to-day responsibility for realizing children's rights:
(a) Best interests of individual children. All decision-making concerning a child's care, health, education, etc. must take account of the best interests principle, including decisions by parents, professionals and others responsible for children. States parties are urged to make provisions for young children to be represented independently in all legal proceedings by someone who acts for the child's interests, and for children to be heard in all cases where they are capable of expressing their opinions or preferences;
..."
C. The Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption
78. The relevant provisions of the Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption, concluded in The Hague on 29 May 1993, are worded as follows:
Article 4
"1. An adoption within the scope of the Convention shall take place only if the competent authorities of the State of origin -
(a) have established that the child is adoptable;
(b) have determined, after possibilities for placement of the child within the State of origin have been given due consideration, that an intercountry adoption is in the child's best interests;
(c) have ensured that
(1) the persons, institutions and authorities whose consent is necessary for adoption, have been counselled as may be necessary and duly informed of the effects of their consent, in particular whether or not an adoption will result in the termination of the legal relationship between the child and his or her family of origin,
(2) such persons, institutions and authorities have given their consent freely, in the required legal form, and expressed or evidenced in writing,
(3) the consents have not been induced by payment or compensation of any kind and have not been withdrawn, and
(4) the consent of the mother, where required, has been given only after the birth of the child; and
(d) have ensured, having regard to the age and degree of maturity of the child, that
(1) he or she has been counselled and duly informed of the effects of the adoption and of his or her consent to the adoption, where such consent is required,
(2) consideration has been given to the child's wishes and opinions,
(3) the child's consent to the adoption, where such consent is required, has been given freely, in the required legal form, and expressed or evidenced in writing, and
(4) such consent has not been induced by payment or compensation of any kind."
D. The principles adopted by the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences of the Council of Europe
79. The Council of Europe Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI), which preceded the present Steering Committee on Bioethics, published in 1989 a series of Principles. Principle 15, on "Surrogate Motherhood", is worded as

follows:
"1. No physician or establishment may use the techniques of artificial procreation for the conception of a child carried by a surrogate mother.
2. Any contract or agreement between [the] surrogate mother and the person or couple for whom she carried the child shall be unenforceable.
3. Any action by an intermediary for the benefit of persons concerned with surrogate motherhood as well as any advertising relating thereto shall be prohibited.
4. However, States may, in exceptional cases fixed by their national law, provide, while duly respecting paragraph 2 of this principle, that a physician or an establishment may proceed to the fertilisation of a surrogate mother by artificial procreation techniques, provided that:
a. the surrogate mother obtains no material benefit from the operation;
b. the surrogate mother has the choice at birth of keeping the child."
E. The work of the Hague Conference on Private International Law
80. The Hague Conference on Private International Law has examined the issues of private international law concerning the status of children, particularly with regard to the recognition of parentage.
Following an extensive consultation process which resulted in a comparative report (Preliminary Documents nos. 3B and 3C of 2014), in April 2014, the Council on General Affairs and Policy agreed that the work should be continued to explore the feasibility of preparing a multilateral instrument. Preliminary Document no. 3A of February 2015, entitled "The Parentage/Surrogacy project: an updating note" describes the important human-rights concerns raised by the current situation regarding international surrogacy arrangements, and the increasing prevalence of such arrangements. The Hague Conference thus considered that there is now a pressing human-rights requirement, including from the perspective of children's rights, for its work in this area.

IV. COMPARATIVE LAW MATERIAL

81. In the cases of Mennesson v. France (no. 65192/11, §§ 40-42, ECHR 2014 (extracts) and Labassee v. France (no. 65941/11, §§ 31- 33, 26 June 2014), the Court outlined the results of a comparative-law analysis covering thirty-five States Parties to the Convention other than France. It showed that surrogacy is expressly prohibited in fourteen of those States; in ten other States, in which there are no regulations on gestational surrogacy, it is either prohibited under general provisions or not tolerated, or the question of its legality is uncertain; it is authorised in seven of these thirty-five member States (subject to compliance with certain strict conditions).
In thirteen of these thirty-five States it is possible for the intended parents to obtain legal recognition of the parent-child relationship between them and a child born from gestational surrogacy carried out legally in another country.

THE LAW

I. SCOPE OF THE CASE BEFORE THE GRAND CHAMBER

82. In the proceedings before the Grand Chamber, both parties submitted observations concerning the complaints that had been declared inadmissible by the Chamber.
83. The Government submitted that the applicants had not exhausted the domestic remedies in so far as they complained about the refusal to recognise the foreign birth certificate. The applicants had not appealed to the Court of Cassation against the decision issued by the Campobasso Court of Appeal on 3 April 2013, by which it confirmed the refusal to register the birth certificate.
84. The Court notes that the Chamber allowed the objection of failure to exhaust domestic remedies with regard to the complaint that it had been impossible to have the details of the Russian birth certificate registered in Italy. In consequence, that complaint was declared inadmissible (see § 62 of the Chamber judgment). It follows that this complaint falls outside the scope of the examination by the Grand Chamber since, according to the Court's settled case-law, the "case" referred to the Grand Chamber is the application as it has been declared admissible by the Chamber (see, among other authorities, K. and T. v. Finland [GC], no. 25702/94, § 141, ECHR 2001-VII).
85. The applicants asked the Grand Chamber to take into account the complaints submitted by them on behalf of the child, since they were relevant to the merits (see Azinas v. Cyprus [GC], no. 56679/00, § 32, ECHR 2004-III; K. and T. v. Finland, cited above, § 141). The best interests of the child were at the heart of the case, yet they had not been taken into account at all by the national authorities.
86. In this connection, the Court notes that the Chamber found that the applicants did not have the standing to act before the Court on behalf of the child and it dismissed the complaints raised on his behalf as being incompatible ratione personae (see §§ 48-50 of the Chamber judgment). Accordingly, this part of the application is not within the scope of the case before the Grand Chamber (see K. and T. v. Finland, cited above, § 141).
87. Nonetheless, the question whether the best interests of the child are to be taken into consideration in examining the complaints raised by the applicants on their own behalf is an issue which forms part of the dispute before the Grand Chamber.

II. THE GOVERNMENT'S PRELIMINARY OBJECTIONS

A. The parties' submissions

1. The Government

88. The Government raised two preliminary objections.
89. First, they alleged that the applicants had not exhausted domestic remedies in that they had not challenged the decision by the Minors Court of 5 June 2013 denying them standing to take part in the adoption proceedings. The Government argued that the remedies available under Italian law were effective.
90. Secondly, the Government asked the Court to dismiss the application as incompatible ratione personae, on the ground that the applicants did not have locus standi before the Court.

2. The applicants

91. The applicants pointed out that the Chamber had already ruled on these objections and had dismissed them. With particular regard to the objection that they had failed to exhaust domestic remedies in relation to the decision of 5 June 2013 denying them standing to take

part in the adoption proceedings, the applicants stressed that when the Minors Court excluded them from the proceedings, more than twenty months had elapsed since the day that the child had been removed. The applicants considered that the passage of time had made the child's return perfectly illusory, given that he now lived with another family. They further noted that the Government had not provided any judicial precedent in support of their argument.

B. The Court's assessment

92. The Court notes that the objections raised by the Government have already been examined by the Chamber (see §§ 55-64 of the Chamber judgment).

93. It notes that the Chamber dismissed them (see §§ 64 and 57 respectively of the Chamber judgment) and that the Government have repeated these objections on the basis of the same arguments. The Court considers that with regard to these two objections there is nothing to warrant departing from the Chamber's conclusions.

94. In conclusion, the Government's objections must be dismissed.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

95. The applicants alleged that the measures taken by the Italian authorities in respect of the child, which resulted in the latter's permanent removal, had infringed their right to respect for private and family life, guaranteed by Article 8 of the Convention.

96. The Government contested that argument.

97. The relevant parts of Article 8 of the Convention provide:

"1. Everyone has the right to respect for his private and family life ...

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

A. The Chamber judgment

98. After having declared inadmissible the complaint raised by the applicants on behalf of the child, and also their complaint based on the refusal to recognise the birth certificate issued in Russia, the Chamber focused on the measures which had led to the child's permanent removal.

As the birth certificate had not been recognised under Italian law, the Chamber considered that there was no legal relationship strictly speaking between the applicants and the child. However, the Chamber concluded that there had existed a de facto family life within the meaning of Article 8. In reaching that conclusion, it took into account the fact that the applicants had shared with the child the first important stages of his young life, and that they had acted as parents towards the child. In addition, the Chamber considered that the second applicant's private life was also at stake, given that, at domestic level, he had sought to confirm the existence of a biological link with the child through a DNA test. In conclusion, the Chamber held that the contested measures amounted to an interference in the de facto family life existing between the applicants and the child (see §§ 67-69 of the Chamber

judgment), and also in the second applicant's private life (see § 70 of the Chamber judgment).
99. Further, noting that the courts had applied Italian law to determine the child's parentage and had concluded that the latter had been "in a state of abandonment" in the absence of a genetic link with the applicants, the Chamber found that the national courts had not taken an unreasonable decision. In consequence, the Chamber accepted that the interference had been "in accordance with the law" (see § 72 of the Chamber judgment).
100. The Chamber then held that the measures taken in respect of the child had pursued the aim of "prevention of disorder", in so far as the applicants' conduct was contrary to Italian legislation on international adoption and on medically assisted reproduction. In addition, the measures in question had been intended to protect the child's "rights and freedoms" (see § 73 of the Chamber judgment).
101. Having acknowledged the existence of a family life, the Chamber assessed jointly the private interests of the applicants and the best interests of the child, and weighed them up against the public interest. It was not convinced of the adequacy of the elements relied on by the Italian authorities in concluding that the child ought to be taken into the care of the social services. The Chamber based its reasoning on the principle that the removal of a child from the family setting is an extreme measure to which recourse should be had only as a very last resort, to fulfil the aim of protecting a child who is faced with immediate danger (in this regard, the Chamber referred to the following judgments: Scozzari and Giunta v. Italy [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 148, ECHR 2000-VIII; Neulinger and Shuruk v. Switzerland [GC], no. 41615/07, § 136, ECHR 2010; Y.C. v. the United Kingdom, no. 4547/10, §§ 133-138, 13 March 2012; and Pontes v. Portugal, no. 19554/09, §§ 74-80, 10 April 2012). On the basis of the evidence in the file, the Chamber held that the national courts had taken decisions without any specific assessment of the child's living conditions with the applicants, and of his best interests. Accordingly, it concluded that there had been a violation of Article 8 of the Convention on the ground that the national authorities had failed to strike the fair balance that ought to be maintained between the general interest and the private interests at stake (see §§ 75-87 of the Chamber judgment).
B. The parties' observations
1. The applicants
102. The applicants stated at the outset that the Court was required to rule solely on the disputed measures taken by the Italian authorities in respect of the child, and then only on the basis of Article 8 of the Convention, for the purpose of determining whether there had been a violation of the applicants' private and family life. In their view, given the Chamber's decision to declare inadmissible the complaint concerning the refusal to register the child's Russian birth certificate in Italy, the Court was not required to rule on whether a State's decisions to authorise or prohibit the practice of gestational surrogacy on its territory, or the conditions for recognition of a parent-child relationship in respect of children legally conceived in another country, were compatible with the Convention.
103. The applicants argued that the ties which bound them to the child amounted to family life, coming within the scope of Article 8 of the Convention. They referred to the Court's case-law in this regard.

104. They submitted that the family life created between them and the child born to a surrogate mother was in accordance with Russian law as applicable at the relevant time. It was therefore based on a legal tie of lawful parenthood, attested by the birth certificate issued by the competent authorities. The lawfulness of this legal parent-child tie was not affected by the fact that it had transpired that there was no biological father-child relationship binding the intended father and the child, since the presence of such a biological tie had not been required by Russian law at the time.
105. In the applicants' view, the parental authority exercised by them in respect of the child – and, in consequence, the existence of a legal parent-child relationship – had been recognised by the Italian authorities, in that those authorities had suspended and revoked it.
106. The child had been born as the result of a serious and duly considered parental project. The couple had demonstrated their attachment to the child even before his birth (the applicants referred to Anayo v. Germany, no. 20578/07, § 61, 21 December 2010) and had taken steps to make an effective family life possible. The applicants stated that, following the child's birth, the first applicant had rapidly taken him into her care and had taken up residence with him in a flat in Moscow, forming strong emotional bonds. On his arrival in Italy, the child lived with the applicants in an environment which, both materially and emotionally, was welcoming, secure and conducive to his harmonious development. The applicants pointed out that the family had lived together for eight months, including six months in Italy.
Although this period was relatively short, it corresponded to the first important stages in the child's young life. The applicants also pointed out that the shortness of the period in question had not resulted from any decision on their part, given that the abrupt termination of their cohabitation arose solely from the measures taken by the Italian authorities.
107. The applicants added that the absence of a biological link could not suffice to preclude the existence of a family life. Furthermore, they stated that they had been convinced that there existed a biological link between the second applicant and the child and that there was no reason to doubt their good faith. In any event, the clinic's error entailed no legal consequences with regard to the lawfulness of the parent-child relationship established in Russia since, at the relevant time, Russian law did not require that intended parents provide their own genetic material. Accordingly, under the applicable rules at the time, the gestational surrogacy arrangement entered into by the applicants was entirely legal under Russian law. The applicants submitted that it had only been since 1 January 2012, when Federal Law no. 323 FZ of 21 November 2011 entered into force, that intended parents were forbidden from using a gamete provider.
108. The applicants considered that the measures adopted by the Italian authorities amounted to an interference in their family life. In their opinion, that interference had a formal basis in law, as the impugned measures had been taken under the provisions of the Italian Adoption Act. However, these measures resulted from an arbitrary analysis by the domestic courts, in so far as they had concluded that the child had been "in a state of abandonment". The applicants also submitted that although the practice of gestational surrogacy was prohibited by the Medically Assisted Reproduction Act (sections 6 and 14), criminal proceedings had nonetheless never been taken

The applicants considered that the measures adopted by the Italian authorities amounted to an interference in their family life. In their opinion, that interference had a formal basis in law, as the impugned measures had been taken under the provisions of the Italian Adoption Act. However, these measures resulted from an arbitrary analysis by the domestic courts, in so far as they had concluded that the child had been "in a state of abandonment". The applicants also submitted that although the practice of gestational surrogacy was prohibited by the Medically Assisted Reproduction Act (sections 6 and 14), criminal proceedings had nonetheless never been take against surrogate mothers or intended parents. In the absence of an extraterritoriality clause, gestational surrogacy arrangements entered into legally in another State could not, in their view, be prosecuted in the Italian courts. Given that it was impossible to prosecute gestational surrogacy as such, other provisions were used as the basis for criminal proceedings. This was the case for the applicants, who had faced prosecution since 5 May 2011 for falsifying civil status (Article 567 of the Criminal Code), use of falsified documents (Article 489 of the Criminal Code) and breach of the provisions of the Adoption Act.

109. The applicants contested the argument that the legitimate aim of the measures in question had been to protect the rights and freedoms of the child. The Italian courts had based their decisions exclusively on the illegality of the situation created by the applicants and had confined themselves to asserting – with no regard to the Russian legislation – that the surrogacy arrangement in Russia had been contrary to Italian law. Thus, the primary aim of the Minors Court had been to prevent the continuation of the illegal situation. The applicants considered that the decisions of that court indicated solely a wish to punish them for their conduct. The child's interests were mentioned merely to assert that the impact of the impugned measures on him would be minimal.

110. As to the necessity of those measures, the applicants noted that although recourse to a surrogacy arrangement raised sensitive ethical questions, that consideration was not a valid ground for a "carte blanche justifying any measure". Although the States enjoyed a wide margin of appreciation in authorising or prohibiting the practice of gestational surrogacy arrangements on their territory, they considered that this was not the subject of the present application. The Court was required in the present case to determine whether the measures resulting in the child's irreversible removal had struck a fair balance between the interests at stake, namely those of the applicants, those of the child, and those of public order. From that standpoint, the applicants considered it appropriate to bear in mind that in all decisions concerning a child, his or her best interests ought to be the primary consideration. Thus, the immediate and irremediable severing of family ties had been held to be consistent with Article 8 only in circumstances where the children concerned were exposed to serious and sustained risks to their health and wellbeing. However, that had not been the situation here, according to the applicants, who submitted that the child's best interests had not been taken into consideration by the national authorities at any point.

111. The applicants argued that their interests and those of the child had converged on the date that the impugned measures were implemented. These measures had destroyed the family unit's existence and had led to an irreversible severing of family ties, with irremediable consequences, in the absence of circumstances justifying that outcome. The Minors

Court had refrained from examining the actual conditions of the child's life, and had presumed that he was deprived of emotional or material support from the parents.
In the applicants' view, the domestic courts had expressed doubt as to their emotional and educative capabilities solely on the basis of the unlawfulness of their conduct, and had held that they had resorted to a gestational surrogacy arrangement on account of their narcissism.
The applicants pointed out, however, that they had previously been assessed as fit to become adoptive parents by those same authorities. Moreover, the social workers, acting on an instruction by the Minors Court, had drawn up a report that was highly favourable to continuation of joint life with the child. There had been clear inadequacies in the decision-making process which led to the contested measures. Thus, the applicants considered that they had been held to be incapable of bringing up and loving the child solely on the basis of presumptions and inferences, without any expert report having been ordered by the courts.
112. The applicants also pointed out that the authorities had not considered possible alternatives to taking the child into care on an irreversible basis.
113. They explained that on 20 October 2011 social-services employees arrived at the home of the applicants, who had not been informed of the court's decision, and had taken away the child. This operation had given rise to fear and distress. Thus, even at the point of executing the measures, the authorities' actions had been disproportionate.
114. Lastly, the applicants emphasised that the Italian authorities had taken no steps to preserve the relationship between them and the child with a view to maintaining the possibility of rebuilding the family; on the contrary, they had forbidden any contact with the child and had placed him in an unknown location. For the applicants, the impact of those measures had been irremediable.
115. The applicants asked the Court to hold that there had been a violation of Article 8 of the Convention. While aware that a long period of time had elapsed since the child was taken into care, and that it was in the child's interest not to be subjected to a further change in his family situation, the applicants considered that the award of a sum by way of just satisfaction would not be sufficient. They sought to resume contact with the child.
2. The Government
116. The Government submitted that the Chamber had interpreted
Article 8 § 1 of the Convention too broadly, and Article 8 § 2 too restrictively.
117. Referring to paragraph 69 of the Chamber judgment, in which the Chamber had concluded that a de facto family life existed between the applicants and the child, the Government considered that the Chamber's assertion would have been valid if the tie between the applicants and the child had been a genuine biological one (even if only on the father's side) established by a legally valid birth certificate, and above all if the duration of cohabitation were sufficient to establish the existence of a genuine family life shared by parents and child and the real exercise of parental responsibility. The Government noted, however, that neither of the applicants had a biological link to the child. They concluded that family life had never begun in the present case.

118. The impugned birth certificate also contravened public order in that it referred to the parents as the "biological parents" which, according to the Government, was untrue. The Government also disagreed with the applicants' argument that the birth certificate issued by the Russian authorities had been in accordance with Russian law. They explained that Russian legislation specifically required the existence of a biological tie between the child and at least one of the intended parents. Indeed, this point had been taken into consideration by the Campobasso Court of Appeal when it decided not to authorise registration of the birth certificate (judgment of 3 April 2013).
119. The Government further submitted that in 2011 the applicants no longer met the age criteria that would have enabled them to adopt the child in question. They added that de facto family life could not be founded on an unlawful situation such as that brought about by the applicants, who could have adopted a child, given that they had obtained the relevant authorisation to adopt in 2006. The applicants could have chosen not to break the law.
120. Moreover, the Government pointed out that, under the Court's case-law, Article 8 did not guarantee either the right to found a family or the right to adopt.
121. The Government accused the applicants of having taken the responsibility of bringing to Italy a child who was completely unrelated to them, in breach of the relevant legislation. Their actions had been deliberate, and the fact that they had entered into a contract to purchase a newborn baby had compromised their position from the outset. The Government could not envisage any measure which could render this situation lawful.
122. Furthermore, the Government argued that the State enjoyed a wide margin of appreciation with regard to surrogate motherhood and assisted reproduction techniques. The transportation of the second applicant's seminal fluid was in breach of the Medically Assisted Reproduction Act and Legislative Decree no. 191/2007 implementing Directive 2004/23/EC on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells. In addition, having regard to the fact that the child had no biological ties to the applicants, the Government expressed doubts as to the validity of the consent given by the surrogate mother and to the lawfulness of the protocol followed in Russia.
123. Part of the Government's observations focused on the issue of non-recognition of the foreign birth certificate (a complaint declared inadmissible by the Chamber); they pointed out that, under the Italian Civil Code, the only possible biological mother was the woman who had given birth to the child, which was not the case here.
124. As to the measures to remove the child on a permanent basis, the Government submitted that these had had a legal basis and agreed with the Chamber that they corresponded to a legitimate aim.
125. As to their necessity, the Government emphasised that Italian law recognised a parent-child relationship only in the event of a biological tie or an adoption which complied with the safeguards set out in the Adoption Act. They argued that it was through this legislative, political and ethical choice that the Italian State had decided to protect the interests of minors and to satisfy the requirements of Article 3 of the UN Convention on the Rights of the Child. This choice afforded no discretion to the courts.

126. In the Government's view, the measures taken by the domestic courts were based on a careful assessment of the situation.
The Government pointed out that the minors courts, which reached their decisions on a collegial basis, were composed of two professional judges and two lay judges who had specific training in psychiatry, biology, criminal anthropology, pedagogy or psychology. In the present case, the Campobasso Court had taken into account the child's psychosocial profile in assessing his interests, and expressed doubts as to the applicants' abilities to love and educate the child.
127. The Government stressed that the impugned measures had been taken to ensure that the child could enjoy a private and family life in another family that was capable of protecting his health and providing for his sound and safe development and a definite identity.
The Italian authorities had sought to strike a balance between competing interests, including those of the child, whose best interests were treated as the primary consideration. In the Government's view, they had complied with the national legislation, in line with the margin of appreciation afforded to them in this area, and had reacted to the conduct of the applicants, who had breached the law on assisted reproduction.
128. The Government observed that the Court of Cassation had reached the same conclusion with regard to similar measures taken by the authorities in a comparable case, where the child had been born in Ukraine (see paragraph 70 above). The Government asked the Court to respect the principle of subsidiarity and the margin of appreciation left to the States and not to substitute its assessment for that of the national authorities.
129. In view of these considerations, the Government submitted that the application raised no issues under Article 8 of the Convention.
130. Lastly, the Government turned in the final section of their observations to gestational surrogacy and the Medically Assisted Reproduction Act, which prohibits this practice. They emphasised that the applicants had had recourse to an ethically unacceptable commercial practice in respect of which no European consensus existed. The Government criticised the Chamber judgment on the ground that it did not contain a chapter on comparative European law on gestational surrogacy arrangements. In view of the absence of a common standard, and the fact that certain States allowed the practice of surrogate motherhood, the Government condemned the growth of "reproductive tourism" and noted that the legal issues in this area were thorny ones, given the lack of harmonisation in the States' legal systems. They considered that, in the light of the lack of consensus in the States' domestic laws, and an absence of international regulations, the Court ought to allow the States a wide margin of appreciation in this area.
C. The Court's assessment
1. Preliminary considerations
131. The Court notes at the outset that the child T.C. was born from an embryo obtained from an ova donation and a sperm donation provided by unknown donors, and was brought into the world in Russia by a Russian woman who waived her rights to him. There was therefore no biological tie between the applicants and the child. The applicants paid approximately EUR 50,000 to receive the child. The Russian authorities issued a birth certificate stating that they were the parents under Russian law. The applicants then decided to bring the child to Italy and to live there with him. The child's genetic origins remain un-

known. The present case thus concerns applicants who, acting outside any standard adoption procedure, brought to Italy from abroad a child who had no biological tie with either parent, and who had been conceived – according to the domestic courts – through assisted reproduction techniques that were unlawful under Italian law.

132. The Court notes that in the cases of Mennesson v. France (no. 65192/11, ECHR 2014 (extracts)) and Labassee v. France (no. 65941/11, 26 June 2014), two pairs of intended parents had resorted to gestational surrogacy in the United States and had settled with their children in France. In those cases the existence of a biological tie between the father and the children was proven and the French authorities had never envisaged separating the children from the parents. The issue at the heart of those cases was the refusal to register the particulars of a birth certificate drawn up abroad in undisputed compliance with the legislation of the country of origin, and the children's right to obtain recognition of the legal parent-child relationship. The parents and children were all applicants before the Court.

133. Unlike the above-cited Mennesson and Labassee cases, the present Article 8 complaint does not concern the registration of a foreign birth certificate and recognition of the legal parent-child relationship in respect of a child born from a gestational surrogacy arrangement (see paragraph 84 above). What is at issue in the present case are the measures taken by the Italian authorities which resulted in the separation, on a permanent basis, of the child and the applicants. Indeed, the domestic courts stated that the case did not involve a "traditional" surrogacy arrangement, given that the applicants' biological material had not been used. They emphasised the failure to comply with the procedure laid down by the legislation on international adoption and the breach of the prohibition on using donated gametes within the meaning of section 4 of the Medically Assisted Reproduction Act (see the relevant passage of the decision by the Minors Court, paragraph 37 above).

134. Therefore the legal questions at the heart of the case are: whether, given the circumstances outlined above, Article 8 is applicable; in the affirmative, whether the urgent measures ordered by the Minors Court, which resulted in the child's removal, amount to an interference in the applicants' right to respect for their family life and/or their private life within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention and, if so, whether the impugned measures were taken in accordance with Article 8 § 2 of the Convention.

135. Lastly, the Court points out that the child T.C. is not an applicant in the proceedings before the Court, the Chamber having dismissed the complaints raised by the applicants on his behalf (see paragraph 86 above). The Court is called upon to examine solely the complaints raised by the applicants on their own behalf (see, a contrario, Mennesson, cited above, §§ 96-102, and Labassee, cited above, §§ 75-81).

2. Applicability of Article 8 of the Convention

136. The Court reiterates that the Chamber concluded that there existed a de facto family life between the applicants and the child (see § 69 of the Chamber judgment). It further considered that the situation complained of also related to the second applicant's private life, in that what was at stake for him was the establishment of a biological tie with the child (see § 70 of the Chamber judgment). It followed that Article 8 of the Convention was applicable in the present case.

137. The Government challenged the existence of a family life in the present case, relying essentially on the absence of a biological link between the applicants and the child and on the illegality of the applicants' conduct under Italian law. They submitted that, in view of the applicants' unlawful conduct, no tie protected by Article 8 of the Convention could exist between them and the child. They also argued that the applicants had lived with the child for only eight months.
138. The applicants asked the Court to recognise the existence of a family life, in spite of the lack of a biological tie with the child and the non-recognition of a parent-child relationship under Italian law.
Essentially, they argued that a legal parental relationship was recognised in Russian law and that they had formed close emotional ties with the child during the first eight months of his life.
139. The Court must therefore reply to the question whether the facts in the present case fall within the applicants' family life and/or private life.
(a) Family life
i. Relevant principles
140. The existence or non-existence of "family life" is essentially a question of fact depending upon the existence of close personal ties (see Marckx v. Belgium, 13 June 1979, § 31, Series A no. 31, and K. and T. v. Finland, cited above, § 150). The notion of "family" in Article
8 concerns marriage-based relationships, and also other de facto "family ties" where the parties are living together outside marriage or where other factors demonstrated that the relationship had sufficient constancy (see Kroon and Others v. the Netherlands, 27 October 1994, § 30, Series A no. 297-C; Johnston and Others v. Ireland, 18 December 1986, § 55, Series A no. 112; Keegan v. Ireland, 26 May 1994, § 44, Series A, no. 290; and X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997, § 36, Reports 1997-II).
141. The provisions of Article 8 do not guarantee either the right to found a family or the right to adopt (see E.B. v. France [GC], no. 43546/02, § 41, 22 January 2008). The right to respect for "family life" does not safeguard the mere desire to found a family; it presupposes the existence of a family (see Marckx, cited above, § 31), or at the very least the potential relationship between, for example, a child born out of wedlock and his or her natural father (see Nylund v. Finland (dec.), no. 27110/95, ECHR 1999-VI), or the relationship that arises from a genuine marriage, even if family life has not yet been fully established (see Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, 28 May 1985, § 62, Series A no. 94), or the relationship between a father and his legitimate child even if it proves, years later, to have had no biological basis (see Nazarenko v. Russia, no. 39438/13, § 58, ECHR 2015 (extracts)), or the relationship that arises from a lawful and genuine adoption (see Pini and Others v. Romania, nos. 78028/01 and 78030/01, § 148, ECHR 2004-V (extracts)).
ii. Application to the present case
142. It is not contested that there is no biological tie between the applicants and the child. However, the parties submitted differing arguments as to whether the applicants were bound to the child by a legal parental relationship that was recognised under Russian law (see paragraphs 107 and 118 above).

143. Admittedly, as the Government indicated in their observations (see paragraph 118 above), the question of the birth certificate's compliance with Russian law was examined by the Campobasso Court of Appeal which confirmed the refusal to register the disputed certificate, holding that it was in breach of Russian law (see paragraph 47 above). The applicants did not challenge this argument before the Court of Cassation (see paragraph 84 above).
144. However, the wording of the provisions of Russian law applicable on 27 February 2011, the date of the child's birth, and on 10 March 2011, the date on which the applicants were registered as parents in Moscow, seems to confirm the applicants' argument before the Court that the existence of a biological tie between the child and the intended parents was not explicitly required under Russian law at the relevant time (see paragraphs 73-74 and 107 above). In addition, the certificate in question merely indicates that the applicants were the "parents", without specifying whether they were the biological parents (see paragraph 16 above).
145. The Court notes that the question of the birth certificate's compatibility with Russian law was not examined by the Minors Court in the context of the urgent measures adopted in respect of the child.
146. Before the Italian courts, the parental authority exercised by the applicants in respect of the child was recognised by implication in so far as a request was made for its suspension (see paragraph 23 above). However, the parental authority in question was uncertain, for the following reasons.
147. The applicants' situation was in conflict with national law. According to the Campobasso Minors Court (see paragraph 37 above), and irrespective of the criminal-law aspects, there had been illegality, firstly in that they had brought to Italy a foreign child who had no biological ties with either parent, in breach of the rules laid down on international adoption, and, secondly, in that they had entered into an agreement providing for the handing over of the second applicant's seminal fluid in order to fertilise ovocytes from another woman, which was in breach of the prohibition in Italian law on heterologous assisted reproduction.
148. The Court must ascertain whether, in the circumstances of the case, the relationship between the applicants and the child came within the sphere of family life within the meaning of Article 8. The Court accepts, in certain situations, the existence of de facto family life between an adult or adults and a child in the absence of biological ties or a recognised legal tie, provided that there are genuine personal ties.
149. In spite of the absence of a biological tie and of a parental relationship that was legally recognised by the respondent State, the Court has found that there existed family life between the foster parents who had cared for a child on a temporary basis and the child in question, on account of the close personal ties between them, the role played by the adults vis-à-vis the child, and the time spent together (see Moretti and Benedetti v. Italy, no. 16318/07, § 48,
27 April 2010, and Kopf and Liberda v. Austria, no. 1598/06, § 37, 17 January 2012). In the case of Moretti and Benedetti, the Court attached importance to the fact that the child had arrived in the family at the age of one month and that, for nineteen months, the applicants had shared the first important stages of his young life with the child. It also noted

that the court-ordered reports on the family showed that the child was well integrated in the family and deeply attached to the applicants and to their children. The applicants had also provided for the child's social development. These elements were sufficient for the Court to find that there existed between the applicants and the child a close inter-personal bond and that the applicants behaved in every respect as her parents, so that "de facto" "family ties" existed between them (see Moretti and Benedetti, cited above, §§ 49-50). The Kopf and Liberda case concerned a foster family which had cared, over a period of about forty-six months, for a child who had arrived in their home at the age of two. Here too the Court concluded that family life existed, given that the applicants had a genuine concern for the child's well-being and that an emotional bond had developed between the individuals concerned (see Kopf and Liberda, cited above, § 37).

150. In addition, in the case of Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg (no. 76240/01, § 117, 28 June 2007) – which concerned the inability to obtain legal recognition in Luxembourg of a Peruvian judicial decision pronouncing the second applicant's full adoption by the first applicant – the Court recognised the existence of family life in the absence of legal recognition of the adoption. It took into consideration that de facto family ties had existed for more than ten years between the applicants and that the first applicant had acted as the minor child's mother in every respect.

151. It is therefore necessary, in the instant case, to consider the quality of the ties, the role played by the applicants vis-à-vis the child and the duration of the cohabitation between them and the child. The Court considers that the applicants had developed a parental project and had assumed their role as parents vis-à-vis the child (see, a contrario, Giusto, Bornacin and V. v. Italy (dec.), no. 38972/06, 15 May 2007). They had forged close emotional bonds with him in the first stages of his life, the strength of which was, moreover, clear from the report drawn up by the team of social workers following a request by the Minors Court (see paragraph 25 above).

152. With regard to the duration of the cohabitation between the applicants and the child in this case, the Court notes that the applicants and the child lived together for six months in Italy, preceded by a period of about two months' shared life between the first applicant and the child in Russia.

153. It would admittedly be inappropriate to define a minimal duration of shared life which would be necessary to constitute de facto family life, given that the assessment of any situation must take account of the "quality" of the bond and the circumstances of each case. However, the duration of the relationship with the child is a key factor in the Court's recognition of the existence of a family life. In the above-cited case of Wagner and J.M.W.L., the cohabitation had lasted for more than ten years. Equally, in the Nazarenko case (cited above, § 58), in which a married man had assumed the parental role before discovering that he was not the child's biological father, the period spent together had lasted more than five years.

154. It is true that, in the present case, the duration of cohabitation with the child was longer than that in the case of D. and Others v. Belgium ((dec.) no. 29176/13, § 49, 8 July 2014), in which the Court held that family life, protected by Article 8, had existed for only two months before the temporary separation of a Belgian couple and a child born in

Ukraine to a surrogate mother. In that case, however, there was a biological tie with at least one of the parents and cohabitation had subsequently resumed.
155. As to the second applicant's argument that he had been persuaded that he was the child's biological father, given that his seminal fluid had been handed over to the clinic, the Court considers that that belief – which was proved to be unfounded in August 2011 by the result of the DNA test – cannot compensate for the short duration of the period in which he lived together with the child (see, a contrario, Nazarenko, cited above, § 58) and does not therefore suffice to establish a de facto family life.
156. Although the termination of their relationship with the child is not directly imputable to the applicants in the present case, it is nonetheless the consequence of the legal uncertainty that they themselves created in respect of the ties in question, by engaging in conduct that was contrary to Italian law and by coming to settle in Italy with the child. The Italian authorities reacted rapidly to this situation by requesting the suspension of parental authority and opening proceedings to make the child available for adoption (see paragraphs 22-23 above). The present case differs from the above-cited cases of Kopf, Moretti and Benedetti, and Wagner, where the child's placement with the applicants was respectively recognised or tolerated by the authorities.
157. Having regard to the above factors, namely the absence of any biological tie between the child and the intended parents, the short duration of the relationship with the child and the uncertainty of the ties from a legal perspective, and in spite of the existence of a parental project and the quality of the emotional bonds, the Court considers that the conditions enabling it to conclude that there existed a de facto family life have not been met.
158. In these circumstances, the Court concludes that no family life existed in the present case.
(b) Private life
i. Relevant principles
159. The Court reiterates that the notion of "private life" within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which does not lend itself to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person (see X and Y v. the Netherlands, 26 March 1985, § 22, Series A no. 91) and, to a certain degree, the right to establish and develop relationships with other human beings (see Niemietz v. Germany, 16 December 1992, § 29, Series A no. 251-B). It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity (see Mikuli v. Croatia, no. 53176/99, § 53, ECHR 2002-I). The concept of private life also encompasses the right to "personal development" or the right to self-determination (see Pretty v. the United Kingdom, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III), and the right to respect for the decisions both to have and not to have a child
(see Evans v. the United Kingdom [GC], no. 6339/05, § 71, ECHR 2007-I, and A, B and C v. Ireland [GC], no. 25579/05, § 212, ECHR 2010).
160. In its judgment in the case of Dickson v. the United Kingdom ([GC], no. 44362/04, § 66, ECHR 2007-V), concerning the refusal to grant the applicants – a prisoner and his wife – artificial insemination facilities, the Court concluded that Article 8 was applicable, in that the refusal of artificial insemination facilities at issue concerned their private and family lives, specifying that those notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents. In the case of S.H. and Others v. Austria ([GC], no. 57813/00, § 82,

ECHR 2011) – which concerned couples wishing to have a child using gametes from donors – the Court held that the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted reproduction for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life.
ii. Application to the present case
161. The Court considers that there is no valid reason to understand the concept of "private life" as excluding the emotional bonds created and developed between an adult and a child in situations other than the classic situations of kinship. This type of bond also pertains to individuals' life and social identity. In certain cases involving a relationship between adults and a child where there are no biological or legal ties the facts may nonetheless fall within the scope of "private life" (see X. v. Switzerland, no. 8257/78, Commission decision of 10 July 1978, Decisions and Reports 5, and, mutatis mutandis, Niemietz, cited above, § 29).
162. In particular, in the above-cited case of X. v. Switzerland, the Commission examined the situation of an individual who had been entrusted by friends with the care of their child, a task which she fulfilled. When, several years later, the authorities decided that the child could no longer remain with the individual in question, since the parents had asked to resume caring for him, the applicant lodged an appeal in order to be able to keep the child, relying on Article 8 of the www.comparazionedirittocivile.it PARADISO AND CAMPANELLI v. ITALY JUDGMENT 46 Convention. The Commission held that the applicant's private life was involved, in that she was deeply attached to the child.
163. In the present case, the Court notes that the applicants had a genuine intention to become parents, initially by attempts to conceive via in vitro fertilisation, then by applying for and obtaining formal approval to adopt, and, lastly, by turning to ova donation and the use of a surrogate mother. A major part of their lives was focused on realising their plan to become parents, in order to love and bring up a child. Accordingly, what is at issue is the right to respect for the applicants' decision to become parents (see S.H. and Others v. Austria, cited above, § 82), and the applicants' personal development through the role of parents that they wished to assume vis-à-vis the child. Lastly, given that the proceedings before the Minors Court concerned the issue of biological ties between the child and the second applicant, those proceedings and the establishment of the genetic facts had an impact on the second applicant's identity and the relationship between the two applicants.
164. In the light of these considerations, the Court concludes that the facts of the case fall within the scope of the applicants' private life.
(c) Conclusion
165. In view of the foregoing, the Court concludes that there was no family life between the applicants and the child. It considers, however, that the impugned measures pertained to the applicants' private life. It follows that Article 8 of the Convention applies under this head.
3. Compliance with Article 8 of the Convention
166. The applicants in the present case were affected by the judicial decisions which resulted in the child's removal and his being placed in the care of the social services with a view to adoption. The Court considers that the measures taken in respect of the child – removal,

placement in a home without contact with the applicants, being placed under guardianship – amounted to an interference with the applicants' private life.
167. Such interference will be in breach of Article 8 of the Convention unless it can be justified under paragraph 2 of Article 8 as being "in accordance with the law", pursuing one or more of the legitimate aims listed therein, and being "necessary in a democratic society" in order to achieve the aim or aims concerned.
(a) "In accordance with the law"
168. The applicants submitted that the manner of applying Italian law and, in particular, section 8 of the Adoption Act – defining a minor child in a state of abandonment as one who is deprived of all emotional or material support from the parents or the members of his family responsible for providing such support – amounted to an arbitrary choice on the part of the Italian courts.
169. The Court reiterates that, according to its settled case-law, the expression "in accordance with the law" not only requires that the impugned measure should have some basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects (see Rotaru v. Romania [GC], no. 28341/95, § 52, ECHR 2000-V, and Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy [GC], no. 38433/09, § 140, ECHR 2012). However, it is for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law (see Kruslin v. France, 24 April 1990, § 29, Series A no. 176-A; Kopp v. Switzerland, 25 March 1998, § 59, Reports 1998-II; and Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano, cited above, § 140; see also Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, § 127, ECHR 2015).
170. Like the Chamber (see § 72 of the Chamber judgment), the Grand Chamber considers that the choice by the national courts to apply the Italian law on parentage, and not to base their decisions on the birth certificate issued by the Russian authorities and certified by them, was compatible with the 1961 Hague Convention (see paragraph 75 above). Under Article 5 of that Convention, the only effect of the certificate was to certify the authenticity of the signature, the capacity in which the person signing the document has acted and, where appropriate, the identity of the seal or stamp which the document bears. According to the explanatory report to that Convention, the certificate does not attest to the truthfulness of the content of the original document. This limitation on the legal effects deriving from the Hague Convention is intended to preserve the right of the signatory States to apply their own choice-of-law rules when they are required to determine the probatory force to be attached to the content of the certified document.
171. In the present case the domestic courts applied the Italian rule on conflict of laws which provides that the legal parent-child relationship is determined by the national law governing the child at the time of his or her birth (Private International Law Act, see paragraph 57 above). However, as the child had been conceived from the gametes of unknown donors, his nationality was not established in the eyes of the Italian courts.
172. Section 37bis of the Adoption Act provides that, for the purposes of adoption, placement and urgent measures, Italian law is applicable to foreign minors who are in Italy (see paragraphs 63 and 65 above). The situation of the child T.C., whose nationality was unknown, and who had been born abroad to unknown biological parents, was equated with that of a foreign minor.

173. In such a situation, the Court considers that the application of Italian law by the national courts, giving rise to the finding that the child was in a "state of abandonment", was foreseeable.
174. It follows that the interference with the applicants' private life was "in accordance with the law".
(b) Legitimate aim
175. The Government agreed with the Chamber judgment, which had accepted that the measures in question were intended to ensure "the prevention of disorder" and to protect the child's "rights and freedoms".
176. The applicants disagreed that those measures served to protect the child's "rights and freedoms".
177. In so far as the applicants' conduct ran counter to the Adoption Act and the Italian prohibition on heterologous artificial reproduction techniques, the Grand Chamber accepts the Chamber's view that the measures taken in respect of the child pursued the aim of "preventing disorder". Moreover, it accepts that those measures were also intended to protect the "rights and freedoms" of others. The Court regards as legitimate under Article 8 § 2 the Italian authorities' wish to reaffirm the State's exclusive competence to recognise a legal parent-child relationship – and this solely in the case of a biological tie or lawful adoption – with a view to protecting children.
178. The impugned measures thus pursued legitimate aims.
(c) Necessity in a democratic society
i. Relevant principles
179. The Court reiterates that in determining whether an impugned measure was "necessary in a democratic society", it will consider whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify that measure were relevant and sufficient for the purposes of paragraph 2 of Article 8 (see, among many other authorities, Parrillo v. Italy [GC], no. 46470/11, § 168, ECHR 2015; S.H. and Others v. Austria, cited above, § 91; and K. and T. v. Finland, cited above, § 154).
180. In cases arising from individual applications the Court's task is not to review the relevant legislation or practice in the abstract; it must as far as possible confine itself, without overlooking the general context, to examining the issues raised by the case before it (see S.H. and Others v. Austria, cited above, § 92, and Olsson v. Sweden (no. 1), 24 March 1988, § 54, Series A no. 130). Consequently, the Court's task is not to substitute itself for the competent national authorities in determining the most appropriate policy for regulating the complex and sensitive matter of the relationship between intended parents and a child born abroad as a result of commercial surrogacy arrangements and with the help of a medically-assisted reproduction technique, both of which are prohibited in the respondent State.
181. According to the Court's established case-law, the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued, regard being had to the fair balance which has to be struck between the relevant competing interests (see A, B and C v. Ireland, cited above, § 229). In determining whether an interference was "necessary in a democratic society" the Court will take into account that a margin of appreciation is left to the national authorities, whose de-

cision remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of the Convention (see X, Y and Z v. the United Kingdom, cited above, § 41).
182. The Court reiterates that a number of factors must be taken into account when determining the breadth of the margin of appreciation to be enjoyed by the State when deciding any case under
Article 8 of the Convention (see, among many other authorities, S.H. and Others v. Austria, cited above, § 94; and Hämäläinen v. Finland [GC], no. 37359/09, § 67, ECHR 2014). Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted (see Evans, cited above, § 77). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider (see Evans, cited above, § 77; and A, B and C v. Ireland, cited above, § 232). There will usually be a wide margin of appreciation accorded if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights (see Evans, cited above, § 77, and Dickson, cited above, § 78).
183. While the authorities enjoy a wide margin of appreciation in the area of adoption (see Wagner and J.M.W.L., cited above, § 128) or in assessing the necessity of taking a child into care (see Kutzner v. Germany, no. 46544/99, § 67, ECHR 2002-I), in particular where an emergency situation arises, the Court must still be satisfied in the particular case that there existed circumstances justifying the removal of the child (see Zhou v. Italy, no. 33773/11, § 55, 21 January 2014).
184. As regards the Court's recognition that the States must in principle be afforded a wide margin of appreciation regarding matters which raise delicate moral and ethical questions on which there is no consensus at European level, the Court refers, in particular, to the nuanced approach adopted on the issue of heterologous assisted fertilisation in S.H. and Others v. Austria (cited above, §§ 95-118) and to the analysis of the margin of appreciation in the context of surrogacy arrangements and the legal recognition of the parent-child relationship between intended parents and the children thus legally conceived abroad in Mennesson (cited above, §§ 78-79).
ii. Application of the principles to the present case
185. The applicants alleged that the child's removal had been neither necessary nor based on relevant and sufficient reasons, and that the domestic courts took their decision based solely on the defence of public order, without assessing the interests at stake. In this connection, they pointed out that the reports drawn up by the welfare service and the consultant psychologist appointed by them – which were extremely positive as to their capacity to love and care for the child – had been completely disregarded by the courts.
186. The Government argued that the decisions taken by the courts had been necessary in order to restore legality and that the child's interests had been taken into account in those decisions.
187. The Court must therefore assess the measures ordering the child's immediate and permanent removal and their impact on the applicants' private life.
188. It notes in this connection that the national courts based their decisions on the absence of any genetic ties between the applicants and the child and on the breach of domes-

tic legislation concerning international adoption and on medically assisted reproduction. The measures taken by the authorities were intended to ensure the immediate and permanent rupture of any contact between the applicants and the child, and the latter's placement in a home and also under guardianship.

189. In its decision of 20 October 2011, the Campobasso Minors Court had regard to the following elements (see paragraph 37 above). The first applicant had stated that she was not the genetic mother; the ova came from an unknown woman; the DNA tests carried out on the second applicant and the child had shown that there was no genetic tie between them; the applicants had paid a considerable amount of money; contrary to his statements there was nothing to prove that the second applicant's genetic material had actually been taken to Russia. In those circumstances, this was not a case involving traditional surrogate motherhood, since the child had no genetic ties with the applicants. The only certainty was the identity of the surrogate mother, who was not the genetic mother and who had waived her rights to the child after his birth. The identity of the genetic parents remained unknown. The applicants had acted unlawfully since, firstly, they had brought a child to Italy in breach of the Adoption Act. According to that statute, before bringing a foreign child to Italy, candidates for international adoption were required to apply to an authorised organisation and then to request the involvement of the Commission for Inter-country Adoption, the only body competent to authorise entry and permanent residence of a foreign child in Italy. Section 72 of the Act made conduct contravening these rules liable to prosecution, but assessment of the criminal-law aspect of the situation was not within the competence of the minors courts. Secondly, the agreement concluded between the applicants and the company Rosjurconsulting was in breach of the Medically Assisted Reproduction Act, section 4 of which prohibited heterologous assisted fertilisation. It was necessary to bring this unlawful situation to an end, and the only way to do so was to remove the child from the applicants.

190. The Minors Court recognised that the child would suffer harm from the separation but, given the short period spent with the applicants and his young age, it considered that this trauma would not be irreparable, contrary to the opinion of the psychologist appointed by the applicants. It indicated that a search should begin immediately for another couple who could care for the child and attenuate the consequences of the trauma. In addition, having regard to the fact that the applicants had preferred to circumvent the Adoption Act in spite of the authorisation obtained by them, it could be thought that the child resulted from a narcissistic desire on the part of the couple or that he was intended to resolve problems in their relationship. In consequence, the court expressed doubts as to the applicants' genuine affective and educational abilities.

191. Furthermore, the Campobasso Court of Appeal upheld the decision of the Minors Court, and also held that the child was in a "state of abandonment" within the meaning of the Adoption Act. It emphasised the urgency in deciding on the measures in his respect, without awaiting the outcome of the proceedings on registration of the birth certificate (see paragraph 40 above). □ . The margin of appreciation

192. The Court must examine whether those grounds are relevant and sufficient and whether the national courts struck a fair balance between the competing public and private

interests. In doing so, it must first determine the breadth of the margin of appreciation to be accorded to the State in this area.

193. According to the applicants, the margin of appreciation is restricted, given that the subject of the present case is the child's permanent removal and that the child's best interests ought to be paramount (see paragraph 110 above). In the Government's submission, the authorities enjoy a wide margin of appreciation with regard to surrogate motherhood and techniques for medically assisted reproduction (see paragraph 122 above).

194. The Court observes that the facts of the case touch on ethically sensitive issues – adoption, the taking of a child into care, medically assisted reproduction and surrogate motherhood – in which member States enjoy a wide margin of appreciation (see paragraph 182 above).

195. In contrast to the situation in the Mennesson judgment (cited above, §§ 80 and 96-97), the questions of the child's identity and recognition of genetic descent do not arise in the present case since, on the one hand, any failure by the State to provide the child with an identity cannot be pleaded by the applicants, who do not represent him before the Court and, on the other, there are no biological links between the child and the applicants. In addition, the present case does not concern the choice to become genetic parents, an area in which the State's margin of appreciation is restricted (see Dickson, cited above, § 78). Nonetheless, even where, as here, the State enjoys a wide margin of appreciation, the solutions reached are not beyond the scrutiny of the Court. It is for the latter to examine carefully the arguments taken into consideration when reaching the impugned decision and to determine whether a fair balance has been struck between the competing interests of the State and those of the individuals directly affected by the decision (see, mutatis mutandis, S.H. and Others v. Austria, cited above, § 97).

 . Relevant and sufficient reasons

196. As regards the reasons put forward by the domestic authorities, the Court observes that they relied in particular on two strands of argument: they had regard, firstly, to the illegality of the applicants' conduct and, secondly, to the urgency of taking measures in respect of the child, whom they considered to be "in a state of abandonment" within the meaning of section 8 of the Adoption Act.

197. The Court has no doubt that the reasons advanced by the domestic courts are relevant. They are directly linked to the legitimate aim of preventing disorder, and also that of protecting children – not merely the child in the present case but also children more generally – having regard to the prerogative of the State to establish descent through adoption and through the prohibition of certain techniques of medically assisted reproduction (see paragraph 177 above).

198. Turning to the question of whether the reasons given by the domestic courts were also sufficient, the Grand Chamber reiterates that, unlike the Chamber, it considers that the facts of the case fall not within the scope of family life but only within that of private life. Thus, the case is not to be examined from the perspective of preserving a family unit, but rather from the angle of the applicants' right to respect for their private life, bearing in mind that what was at stake was their right to personal development through their relationship with the child.

199. In the particular circumstances of the case, the Court considers that the reasons given by the domestic courts, which concentrated on the situation of the child and the illegality of the applicants' conduct, were sufficient.

. Proportionality

200. It remains to be examined whether the impugned measures were proportionate to the legitimate aims pursued and in particular whether the domestic courts, acting within the wide margin of appreciation accorded to them in the present case, have struck a fair balance between the competing public and private interests.

201. The domestic courts attached considerable weight to the applicants' failure to comply with the Adoption Act and to the fact that they had recourse abroad to methods of medically assisted reproduction that are prohibited in Italy. In the domestic proceedings, the courts, focused as they were on the imperative need to take urgent measures, did not expand on the public interests involved; nor did they explicitly address the sensitive ethical issues underlying the legal provisions breached by the applicants.

202. In the proceedings before the Court, the respondent Government submitted that in Italian law descent may be established either through the existence of a biological relationship or through an adoption respecting the rules set out in the law. They argued that, in making this choice, the Italian legislature was seeking to protect the best interests of the child as required by Article 3 of the Convention on the Rights of the Child. The Court accepts that, by prohibiting private adoption based on a contractual relationship between individuals and restricting the right of adoptive parents to introduce foreign minors into Italy to cases in which the rules on international adoption have been respected, the Italian legislature is seeking to protect children against illicit practices, some of which may amount to human trafficking.

203. Furthermore, the Government relied on the argument that the decisions taken had to be seen against the background of the prohibition of surrogacy arrangements under Italian law. There is no doubt that recourse to such an arrangement raises sensitive ethical questions on which no consensus exists among the Contracting States (see Mennesson, cited above, § 79). By prohibiting surrogacy arrangements, Italy has taken the view that it is pursuing the public interest of protecting the women and children potentially affected by practices which it regards as highly problematic from an ethical point of view. This policy is considered very important, as the Government have pointed out, where, as here, commercial surrogacy arrangements are involved. That underlying public interest is also of relevance in respect of measures taken by a State to discourage its nationals from having recourse abroad to such practices which are forbidden on its own territory.

204. In sum, for the domestic courts the primary concern was to put an end to an illegal situation. Having regard to the considerations set out above, the Court accepts that the laws which had been contravened by the applicants and the measures which were taken in response to their conduct served to protect very weighty public interests.

205. With regard to the private interests at stake, there are those of the child on the one hand and those of applicants on the other.

206. In respect of the child's interests, the Court reiterates that the Campobasso Minors Court had regard to the fact that there was no biological tie between the applicants and the child and held that a suitable couple should be identified as soon as possible to take care of

him. Given the child's young age and the short period spent with the applicants, the court did not agree with the psychologist's report submitted by the applicants, suggesting that the separation would have devastating consequences for the child. Referring to the literature on the subject, it noted that the fact of mere separation from the care-givers, without any other factors being present, would not cause a psychopathological state in a child. It concluded that the trauma caused by the separation would not be irreparable.

207. As to the applicants' interest in continuing their relationship with the child, the Minors Court had noted that there was no evidence in the file to support their claim that they had provided the Russian clinic with the second applicant's genetic material. Moreover, having obtained approval for inter-country adoption, they had circumvented the Adoption Act by bringing the child to Italy without the approval of the competent body, namely the Commission for Inter-Country Adoption. Having regard to that conduct, the Minors Court expressed concern that the child might be an instrument to fulfil a narcissistic desire of the applicants or to exorcise an individual or joint problem. Furthermore, it considered that the applicants' conduct threw a "consistent shadow on their possession of genuine affective and educational abilities" and doubted whether they displayed the "instinct of human solidarity which must be present in any person wishing to bring the children of others into their lives as their own children" (see paragraph 37 above).

208. Before entering into the question of whether the Italian authorities duly weighed the different interests involved, the Court reiterates that the child is not an applicant in the present case. In addition, the child was not a member of the applicants' family within the meaning of Article 8 of the Convention. This does not mean however, that the child's best interests and the way in which these were addressed by the domestic courts are of no relevance. In that connection, the Court observes that Article 3 of the Convention on the Rights of the Child requires that "in all actions concerning children ... the best interests of the child shall be a primary consideration", but does not however define the notion of the "best interests of the child".

209. The present case differs from cases in which the separation of a child from its parents is at stake, where in principle separation is a measure which may only be ordered if the child's physical or moral integrity is in danger (see, among other authorities, Scozzari and Giunta, cited above, §§ 148-151, and Kutzner, cited above, §§ 69-82). In contrast, the Court does not consider in the present case that the domestic courts were obliged to give priority to the preservation of the relationship between the applicants and the child. Rather, they had to make a difficult choice between allowing the applicants to continue their relationship with the child, thereby legalising the unlawful situation created by them as a fait accompli, or taking measures with a view to providing the child with a family in accordance with the legislation on adoption.

210. The Court has already noted that the public interests at stake were very weighty ones. Moreover, it considers that the Italian courts' reasoning in respect of the child's interests was not automatic or stereotyped (see, mutatis mutandis, X. v. Latvia [GC], no. 27853/09, § 107, ECHR 2013). In evaluating the child's specific situation, the courts considered it desirable to place him with a suitable couple with a view to adoption, and also assessed the impact which the separation from the applicants would have. They concluded in essence that the separation would not cause the child grave or irreparable harm.

211. In contrast, the Italian courts attached little weight to the applicants' interest in continuing to develop their relationship with a child whose parents they wished to be. They did not explicitly address the impact which the immediate and irreversible separation from the child would have on their private life. However, this has to be seen against the background of the illegality of the applicants' conduct and the fact that their relationship with the child was precarious from the very moment that they decided to take up residence with him in Italy. The relationship became even more tenuous once it had turned out, as a result of the DNA test, that there was no biological link between the second applicant and the child.
212. The applicants argued that the procedure suffered from a number of shortcomings. As to the alleged failure to accept an expert opinion, the Court observes that the Minors Court did have regard to the psychologist's report submitted by the applicants. However, it disagreed with its conclusion that the separation from the applicants would have devastating consequences for the child. In this connection, the Court attaches importance to the Government's argument that the Minors Court is a specialised court which sits with two professional judges and two expert members (see paragraph 69 above).
213. As to the applicants' argument that the courts failed to examine alternatives to immediate and irreversible separation from the child, the Court observes that before the Minors Court the applicants had initially requested that the child be temporarily placed with them with a view to subsequent adoption. In the Court's view, it has to be borne in mind that the proceedings were of an urgent nature. Any measure prolonging the child's stay with the applicants, such as placing him in their temporary care, would have carried the risk that the mere passage of time would have determined the outcome of the case.
214. Moreover, apart from the illegality of the applicants' conduct, the Government pointed out that they had exceeded the age limit for adoption laid down in section 6 of the Adoption Act, namely a maximum difference in age of forty-five years in respect of one adopting parent and fifty-five years in respect of the second. The Court observes that the law authorises the courts to make exceptions from these age-limits. In the circumstances of the present case, the domestic courts cannot be reproached for failing to consider that option.
 . Conclusion
215. The Court does not underestimate the impact which the immediate and irreversible separation from the child must have had on the applicants' private life. While the Convention does not recognise a right to become a parent, the Court cannot ignore the emotional hardship suffered by those whose desire to become parents has not been or cannot be fulfilled. However, the public interests at stake weigh heavily in the balance, while comparatively less weight is to be attached to the applicants' interest in their personal development by continuing their relationship with the child. Agreeing to let the child stay with the applicants, possibly with a view to becoming his adoptive parents, would have been tantamount to legalising the situation created by them in breach of important rules of Italian law. The Court accepts that the Italian courts, having assessed that the child would not suffer grave or irreparable harm from the separation, struck a fair balance between the different interests at stake, while remaining within the wide margin of appreciation available to them in the present case.
216. It follows that there has been no violation of Article 8 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT,
1. Dismisses, unanimously, the Government's preliminary objections;
2. Holds, by eleven votes to six, that there has been no violation of
Article 8 of the Convention.
Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 24 January 2017.
Roderick Liddell Luis López Guerra
Registrar President
In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:
(a) concurring opinion of Judge Raimondi;
www.comparazionedirittocivile.it

(b) joint concurring opinion of Judges De Gaetano, Pinto de
Albuquerque, Wojtyczek and Dedov;
(c) concurring opinion of Judge Dedov;
(d) joint dissenting opinion of Judges Lazarova Trajkovska, Bianku,
Laffranque, Lemmens and Grozev.

ACCIÓN DIRECTA DEL ARTÍCULO 1597 DEL CÓDIGO CIVIL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE FEBRERO DE 2017. RECURSO Nº 2335/2014. PONENTE: EXCMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO

El Ejercicio Por El Subcontratista Del Vencimiento Anticipado De La Obligación Del Contratista, Comunicado Por El Subcontratista Al Comitente De La Obra, Impide El Efecto Liberatorio Del Pago Que Realice El Comitente Al Contratista, Sin Perjuicio De Que Dicho Comitente Se Beneficie Del Plazo Inicialmente Pactado Por Él Con El Contratista A La Hora De Realizar Finalmente El Pago Al Subcontratista.

SENTENCIA

En La Villa De Madrid, A 15 De Febrero De 2017

Esta Sala Ha Visto El Recurso De Casación Interpuesto Contra La Sentencia Dictada En Recurso De Apelación Núm. 248/2013 Por La Sección 1.ª De La Audiencia Provincial De Guadalajara , Como Consecuencia De Autos De Juicio Ordinario Núm. 847/2011, Seguidos Ante El Juzgado De Primera Instancia Número 3 De Guadalajara, Cuyo Recurso Fue Interpuesto Ante La Citada Audiencia Por La Procuradora Doña Sonsoles Calvo Blázquez En Nombre Y Representación De Mondo Ibérica S.A., Compareciendo En Esta Alzada En Su Nombre Y Representación El Procurador Don José Pedro Vila Rodríguez En Calidad De Recurrente Y La Procuradora Doña Gema Sainz De La Torre Vilalta En Nombre Y Representación De Ayuntamiento De Azuqueca De Henares, En Calidad De Recurrido.

Ha Sido Ponente El Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Doña María Sonsoles Calvo Blázquez, En Nombre Y Representación De Don Mondo Ibérica S.A, Interpuso Demanda De Juicio Ordinario, Asistido Del Letrado Don José María Pabán Arranz Y Don José María Gimeno Del Busto Contra Obras Coman S.A. Y El Ayuntamiento De Azuqueca De Henares Y Alegando Los Hechos Y Fundamentos De Derecho Que Consideró De Aplicación, Terminó Suplicando Al Juzgado Se Dictara Sentencia Por La Que:
«Estimando La Demanda, Condene Solidariamente A Las Demandadas A Abonar La Cantidad De NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS UN EUROS CON DOS CÉNTIMOS (99.701,02 €) I.V.A. Incluido, Más Los Intereses Devengados Hasta La Fecha De Pago, Calculados Conforme A Los Criterios Establecidos En El Cuerpo De Este Escrito, Y Todo Ello Con Expresa Imposición De Costas A La Entidad Demandada».

SEGUNDO.- El Procurador Don Andrés Taberné Junquito, En Nombre Y Representación De Obras Coman S.A, Contestó A La Demanda Asistido Del Letrado Don Antonio López Roa Y Oponiendo Los Hechos Y Fundamentos De Derecho Que Consideró De Aplicación, Terminó Suplicando Al Juzgado Dictase En Su Día Sentencia Por La Que:
«Se Desestime La Misma, Con Expresa Imposición De Costas A La Parte Actora».
La Procuradora Doña Rocío Parlorio De Andrés, Presentó Escrito En Nombre Y Representación Del Ayuntamiento De Azuqueca De Henares, Asistidos De La Letrada Doña Mónica San Martín Hurtado Y Oponiendo Los Hechos Y Fundamentos De Derecho Que Consideró De Aplicación, Terminó Suplicando Al Juzgado Dictase En Su Día Sentencia Por La Que:
«Desestimando Íntegramente La Demanda Absuelva A Mi Mandante De Todos Los Pedimentos Con Expresa Condena En Costas A La Actora Por Su Evidente Mala Fe».

TERCERO.- Previos Los Trámites Procesales Correspondientes Y La Práctica De La Prueba Propuesta Por Las Partes Y Admitida, El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez Del Juzgado De Primera Instancia Número 3 De Guadalajara, Dictó Sentencia Con Fecha 6 De Mayo De 2013 , Cuya Parte Dispositiva Es Como Sigue:
« Que Con Estimación Parcial De La Demanda Interpuesta Por Mondo Ibérica, S.A, Representada Por La Procuradora Doña Sonsoles Calvo Blázquez, Frente A Obras Coman S.A, Representada Por El Procurador Don Andrés Taberné Junquito, Y Frente Al Ayuntamiento De Azuqueca De Henares Representado Por La Procuradora Doña Rocío Parlorio De Andrés, Debo Condenar Y Condeno A La Demandada Obras Coman S.A, A Abonar A La Actora 99.701,02 Euros, Más Intereses Y Costas; Y Debo Absolver Y Absuelvo Al Ayuntamiento De Azuqueca De Henares De Los Pedimentos Efectuados De Contrario, Con Imposición De Las Costas Causadas A Este Codemandado A La Parte Actora».

CUARTO.- Interpuesto Recurso De Apelación Por La Representación Procesal De Obras Coman S.A, La Sección 1.ª De La Audiencia Provincial De Guadalajara, Dictó Sentencia Con Fecha 23 De Mayo De 2014 , Cuya Parte Dispositiva Es Como Sigue:
«Que Desestimando El Recurso Interpuesto Debemos Confirmar La Resolución Impugnada Imponiendo A La Parte Apelante Las Costas De Esta Alzada Y, Con Pérdida, En Su Caso, Del Depósito Constituido En El Juzgado De Instancia».

QUINTO.- Contra La Expresada Sentencia Interpuso Recurso De Casación La Representación Procesal De Mondo Ibérica S.A. Con Apoyo En El Siguiente Motivo: Único .- Artículo 477 N.º 3 Apartado 2 LEC , Por Dos Motivos Distintos En Cuanto La Sentencia Que Nos Ocupa Se Opone A La Doctrina Jurisprudencial Que Desarrolla El Artículo 1597 Código Civil .

SEXTO.- Remitidas Las Actuaciones A La Sala De Lo Civil Del Tribunal Supremo, Por Auto De Fecha 27 De Enero De 2016 Se Acordó Admitir El Recurso Interpuesto Y Dar Tra-

slado A La Parte Recurrida Para Que Formalizaran Su Oposición En El Plazo De Veinte Días. Evacuado El Traslado Conferido, La Procuradora Doña Gema Sainz De La Torre Vilalta, En Nombre Y Representación Del Ayuntamiento De Azuqueca De Henares Presentó Escrito De Impugnación Al Mismo.

SÉPTIMO.- No Habiéndose Solicitado Por Todas Las Partes La Celebración De Vista Pública, Se Señaló Para Votación Y Fallo El Día 5 De Octubre Del 2016, En Que Tuvo Lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen De Antecedentes.*
1. El Presente Caso, Con Relación A La Acción Directa Del Subcontratista De La Obra Prevista En El Artículo 1597 Del Código Civil , Plantea, Como Cuestión De Fondo, Si El Vencimiento Anticipado De La Deuda Del Contratista, Ex Artículo 1129 Del Código Civil , Comunicado Extrajudicialmente Al Comitente De La Obra, Impide Que El Pago De La Obra Realizado Por El Comitente Tenga Efecto Liberatorio Frente Al Subcontratista.

2. En Síntesis, La Subcontratista Demandante Y Aquí Recurrente, La Entidad Mondo Ibérica S.A., Presentó Demanda De Reclamación De Cantidad Por 99.701,02 € Frente A Obras Coman S.A. Y El Ayuntamiento De Azuqueca De Henares, Solicitando Que Se Condenase Solidariamente A Las Codemandadas Al Pago De Dicha Cantidad, Más El IVA Y Los Intereses Devengados, Con Base En El Contrato Que Tenía Suscrito Con La Contratista Y La Deuda Pendiente De Pago Por La Ejecución De Diversos Trabajos En Un Pabellón Deportivo Del Citado Ayuntamiento.
Las Demandadas Se Opusieron A La Demanda Solicitando Su Absolución. El Ayuntamiento De Azuqueca, Aquí Parte Recurrida, Alegó, Entre Otros Argumentos, Que La Deuda De La Contratista Para Con La Subcontratista No Era Vencida, Líquida Y Exigible, Por Lo Que Frente Al Ayuntamiento No Podía Oponerse El Vencimiento Anticipado De Dicha Deuda.

3. A Los Efectos Que Aquí Interesan, De La Relación De Hechos Acreditados En La Instancia Deben Destacarse Los Siguientes.
I) La Subcontratista Demandante, Con Fecha 2 De Julio De 2010, Suscribió Un Contrato Con Obras Coman S.A., Adjudicataria De La Obra, Para La Ejecución De Una Serie De Partidas En La Construcción De Un Polideportivo; En Concreto, Las Correspondientes Al Pavimento Deportivo De Exteriores, Pintado Y Señalizado De La Pista Y Otras De Equipamiento Deportivo Especificadas En El Anexo I Del Referido Contrato. Todo Ello Por Un Importe De 173.381,25 Euros.

II) Tras Una Primera Factura Emitida Por El Subcontratista Por Importe De 76.680,23 Euros, Que Debía Ser Pagada Mediante Cesión De Un Crédito Por El Mismo Importe Que La Contratista Principal Tenía Contra El Ayuntamiento De Azuqueca De Henares, La Subcontratista Emitió La Factura Que Es Objeto Del Presente Recurso Por Un Importe De 99.701,02 Euros, Con Fecha De 20 De Abril De 2011 Y Vencimiento De 25 De Agosto De Dicho Año.

III) Dada La Delicada Situación Económica De La Contratista, Con Fecha De 11 De Abril De 2011, La Subcontratista Le Remitió Una Comunicación Por La Que, A Los Efectos De Lo Previsto En El Artículo 1129 Del Código Civil , Le Requería Para Que Procediera Bien Al Inmediato Pago De La Obligación Contraída, O Bien Al Otorgamiento De Garantías De Cobro. Dicha Comunicación Dio Lugar, Con Fecha 15 De Abril De 2011, A La Suscripción De Un Acuerdo Por El Que La Contratista Garantizaba El Cobro De La Primera Factura Mediante El Endoso De Una De Las Certificaciones De Obra Que El Ayuntamiento De Azuqueca Debía Emitir A Favor De Ella.
IV) El 20 De Abril De 2011 La Subcontratista Comunica La Finalización De La Obra A La Contratista Y Emite La Referida Factura Objeto Del Presente Pleito.

V) El 10 De Mayo De 2011 Remite A La Contratista Nueva Comunicación Reiterando Lo Ya Reclamado En La Comunicación De 11 De Abril. Asimismo, En La Misma Fecha Y Mediante Fax, Se Le Remite Copia Al Ayuntamiento De Azuqueca.

VI) El 15 De Julio De 2011, Mediante Burofax, La Subcontratista Comunica Al Ayuntamiento De Azuqueca El Ejercicio De La Facultad De Vencimiento Anticipado De La Deuda Frente Al Contratista Y Su Obligación, De Acuerdo Con El Artículo 1597 Del Código Civil , De Proceder A Retener Las Cantidades Que Aún Adeuda A La Contratista.
4. La Sentencia De Primera Instancia Estimó En Parte La Demanda. En Este Sentido Condenó A La Contratista Al Abono Del Importe Reclamado, Más Intereses Y Costas Y Absolvió Al Ayuntamiento De La Pretensión Formulada En Su Contra. En Síntesis, Y A Los Efectos Que Aquí Interesan, Consideró Que Tratándose De Una Responsabilidad Solidaria Entre El Contratista Y El Comitente De La Obra, La Aplicación Del Vencimiento Anticipado De La Obligación (Artículo 1129 Del Código Civil) No Podía Extenderse Al Conjunto De Los Deudores Solidarios Pues, Tal Y Como Dispone El Artículo 1148 Del Código Civil , El Resto De Los Codeudores No Insolventes Podrían Beneficiarse, Con Apoyo En Las Excepciones Objetivas Oponibles, Del Plazo Pactado De Vencimiento De La Obligación Principal.
5. Interpuesto Recurso De Apelación Por La Demandante, Únicamente Con Relación A La Desestimación Parcial De La Demanda Respecto Al Ejercicio De La Acción Del Artículo 1597 Del Código Civil Frente Al Ayuntamiento De Azuqueca De Henares, La Sentencia De La Audiencia Desestimó Dicho Recurso Y Confirmó La Sentencia Recurrida.
6. Frente A La Sentencia De Apelación, La Demandante Interpone Recurso De Casación.

Recurso De Casación.

SEGUNDO.- *Acción Directa Del* Artículo 1597 Del Código Civil . *Vencimiento Anticipado De La Deuda Del Contratista (Ex* Artículo 1129 Del Código Civil *) Y Deber Del Comitente De Abstenerse De Realizar El Pago Liberatorio Al Contratista. Doctrina Jurisprudencial Aplicable.*
La Recurrente, Al Amparo Del Ordinal Tercero Del Artículo 477.2 LEC , Interpone Recurso De Casación Que Articula En Un Único Motivo.
Dicho Motivo Se Articula, Su Vez, En Dos Submotivos.
En El Primero De Ellos Denuncia La Infracción Del Artículo 1597 Del Código Civil Con Relación A La Naturaleza Y Alcance Del Contrato De Confirming Suscrito Entre El Comitente Y La Entidad Financiera. En Este Sentido, Considera Que Hay Que Estar A La Fecha En La Que Dicha Entidad Realizó El Abono De La Factura Al Contratista (10 De Agosto De 2011), Y No Cuando Dicha Fractura Fue Objeto De Cargo En La Cuenta Del Ayuntamiento (15 De Diciembre De 2011).
En El Segundo Submotivo, La Recurrente Denuncia La Infracción Del Artículo 1597 Del Código Civil Con Relación Al Requerimiento Extrajudicial Realizado Al Comitente, Comunicándole El Vencimiento Anticipado De La Deuda Del Contratista Y El Deber De Abstenerse De Realizar Nuevos Pagos.
2. El Primer Submotivo Debe Ser Desestimado. Las Referencias Que La Sentencia Recurrida Realiza Con Relación Al Contrato De Confirming Resultan Irrelevantes Para La Resolución Del Caso, Pues La Naturaleza Y Alcance De Este Contrato No Afectan A La *Ratio Decidendi* De La Cuestión Planteada, Esto Es, Si El Vencimiento Anticipado De La Obligación Del Contratista, Comunicado Al Comitente De La Obra, Impide El Efecto Liberatorio Del Pago Que Realice Dicho Comitente, Conforme A Lo Dispuesto En El Artículo 1597 Del Código Civil . Por Lo Que No Procede Entrar En Su Examen.
3. El Submotivo Segundo Debe Ser Estimado.
Con Carácter General, Si Bien Es Correcta La Valoración Que Realizan Ambas Instancias Acerca De La Inoponibilidad Del Vencimiento Anticipado De La Obligación De Un Codeudor Solidario Al Resto De Los Deudores Solidarios, Propia Del Régimen Típico De La Solidaridad Convencional, No Obstante, Esta Consideración Debe Ser Matizada Con Arreglo A Las Características Especiales Que Presenta El Artículo 1597 En Atención A La Tutela Que Despliega En Favor Del Subcontratista De La Obra.
En Este Sentido, Atendida La *Ratio* Del Precepto, Se Observa Que La Tutela Que Despliega En Favor Del Subcontratista No Responde A Una Consecuencia Derivada Del Régimen Típico De Solidaridad Pactado En El Cumplimiento De La Obligación, Tal Y Como Sí Responde El Artículo 1148 Del Código Civil , Sino A La Finalidad De Favorecer El Cobro De Su Crédito Ampliando La Cobertura Del Mismo Mediante La Afección De Un Nuevo Patrimonio De Responsabilidad Al Pago De La Deuda Que Permita Ejercitar Una Facultad O Derecho Propio *Ex Lege* Contra El Comitente O Dueño De La Obra. De Esta Forma, Aunque La Noción De Esta Extensión De Responsabilidad Permita Una Cierta Aproximación De Ambas Figuras, Con Una Función Próxima A La Garantía De La Obligación, No

Obstante, Su Régimen No Debe Confundirse Dada La Distinta Naturaleza De Las Fuentes Que Las Informan. En El Caso De La Acción Directa Su Fundamento, A Diferencia Del Régimen Típico De Solidaridad Pactado Del Artículo 1148 Del Código Civil , Se Encuentra En La Propia Función Tuitiva Del Artículo 1597 Del Código Civil. En Este Sentido, El Ejercicio Por El Subcontratista Del Vencimiento Anticipado De La Obligación Del Contratista, Comunicado Por El Subcontratista Al Comitente De La Obra, Impide El Efecto Liberatorio Del Pago Que Realice El Comitente Al Contratista, Sin Perjuicio De Que Dicho Comitente Se Beneficie Del Plazo Inicialmente Pactado Por Él Con El Contratista A La Hora De Realizar Finalmente El Pago Al Subcontratista.
En El Presente Caso, En El Que No Se Cuestionó El Vencimiento Anticipado De La Obligación, La Comunicación De Esta Facultad Ejercitada Por El Subcontratista Quedó Materializada En El Burofax De 15 De Julio De 2011, Por El Que Se Le Daba Cuenta Al Comitente Del Vencimiento Anticipado De La Obligación Del Contratista Y Del Requerimiento A Tal Efecto Del Artículo 1597 Del Código Civil , Sin Que Aquél Cumpliera Con Su Deber De Abstención Al Autorizar El Pago Efectivo Al Contratista Con Fecha 10 De Agosto De 2011. Por Lo Que El Recurso De Casación Debe Ser Estimado Y, En Consecuencia, Procede Estimar El Recurso De Apelación Interpuesto En El Sentido De Condenar Solidariamente A La Entidad Obras Coman S.A. Y Al Ayuntamiento De Azuqueca De Henares A Abonar A La Demandante La Cantidad De 99.701,02 Euros, IVA Incluido, Más Los Intereses Correspondientes Hasta Su Completo Pago.

TERCERO.- *Costas Y Depósito.*
1. La Estimación Del Motivo Planteado Comporta La Estimación Del Recurso De Casación, Por Lo Que No Procede Hacer Expresa Imposición De Costas De Dicho Recurso, De Conformidad Con Lo Dispuesto En El Artículo 398.2 LEC .
2. La Estimación Del Recurso De Casación Comporta La Estimación Del Recurso De Apelación. Por Lo Que No Procede Hacer Expresa Imposición De Costas De Apelación, De Conformidad Con Lo Dispuesto En El Artículo 398.2 LEC.
3. La Estimación Del Recurso De Apelación Comporta La Revocación De La Sentencia De Primera Instancia Y La Estimación De La Demanda, Por Lo Que Procede Condenar A Los Demandados Al Pago De Las Costas De Primera Instancia, De Conformidad Con Lo Dispuesto En El Artículo 394.1 LEC.
4. Asimismo, Procede Ordenar La Restitución Del Depósito Constituido Para La Interposición Del Recurso De Casación, De Conformidad Con Lo Establecido En La Disposición Adicional 15.ª LOPJ.

FALLO

Por Todo Lo Expuesto, En Nombre Del Rey, Por La Autoridad Que Le Confiere La Constitución, Esta Sala Ha Decidido

1. Estimar El Recurso De Casación Interpuesto Por La Representación Procesal De La Entidad Mondo Ibérica S.A., Contra La Sentencia Dictada Con Fecha 23 Mayo De 2014, Por La Audiencia Provincial De Guadalajara, Sección 1.ª, En El Rollo De Apelación Núm. 248/2013 , Que Casamos Y Anulamos Para Estimar El Recurso De Apelación Y, Con Revocación De La Sentencia De Primera Instancia, Estimar Íntegramente La Demanda Interpuesta. 2. Condenamos Solidariamente A La Entidad Obras Coman S.A., Y Al Ayuntamiento De Azuqueca De Henares A Abonar A La Entidad Mondo Ibérica S.A. La Cantidad De 99.701,02 €, IVA Incluido, Más Los Intereses Correspondientes Hasta Su Completo Pago. 3. No Procede Hacer Expresa Condena En Costas Del Recurso De Casación. 4. No Procede Hacer Expresa Imposición De Costas De Apelación. 5. Procede Condenar A Los Demandados Al Pago De Las Costas De La Primera Instancia. 6. Procede Ordenar La Restitución Del Depósito Constituido Para La Interposición Del Recurso De Casación. Líbrese A La Mencionada Audiencia La Certificación Correspondiente Con Devolución De Los Autos Y Rollo De Apelación Remitidos.
Notifíquese Esta Resolución A Las Partes E Insértese En La Coleccion Legislativa.
Así Se Acuerda Y Firma. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres

RIGHT TO BE FORGOTTEN

EUROPEAN COURT OF JUSTICE, SECOND CHAMBER, CASE C-398/15, 9 MARCH 2017

The Court considers that there is no right to be forgotten in respect of personal data in the companies register. However, upon expiry of a sufficiently long period after dissolution of the company concerned, Member States may provide for restricted access to such data by third parties in exceptional cases

JUDGMENT OF THE COURT (SECOND CHAMBER)
9 MARCH 2017 (*)

(Reference for a preliminary ruling — Personal data — Protection of individuals with regard to the processing of personal data — Directive 95/46/EC — Article 6(1)(e) — Data subject to disclosure in the companies register — First Directive 68/151/EEC — Article 3 — Winding-up of the company concerned — Restriction of access to that data by third parties')
In Case C-398/15

REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Corte Suprema di Cassazione (Court of Cassation, Italy), made by decision of 21 May 2015, received at the Court on 23 July 2015, in the proceedings

Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce
v
Salvatore Manni,

THE COURT (SECOND CHAMBER),

composed of M. Ileši (Rapporteur), President of the Chamber, A. Prechal, A. Rosas, C. Toader and E. Jaraši nas, Judges,

Advocate General: Y. Bot,

Registrar: I. Illéssy, Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 15 June 2016,

after considering the observations submitted on behalf of:

- the Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce, by L. Caprioli, avvocato,

- the Italian Government, by G. Palmieri, acting as Agent, and by E. De Bonis and P. Grasso, avvocati dello Stato,

- the Czech Government, by M. Smolek and J. Vlá□ il, acting as Agents,

- the German Government, by T. Henze and J. Möller, acting as Agents,

- Ireland, by E. Creedon, J. Quaney and by A. Joyce, acting as Agents, and by A. Carroll, barrister,

- the Polish Government, by B. Majczyna, acting as Agent,

- the Portuguese Government, by L. Inez Fernandes and M. Figueiredo and by C. Vieira Guerra, acting as Agents,

- the European Commission, by P. Costa de Oliveira and by D. Nardi and H. Støvlbæk, acting as Agents,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 8 September 2016,
gives the following
Judgment

1 This request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 3 of the First Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community (OJ 1968 L 65, p. 8), as amended by Directive 2003/58/EC of the European Parliament and of the Council of 15 July 2003 (OJ 2003 L 221, p. 13) ('Directive 68/151'), and Article 6(1)(e) of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ 1995 L 281, p. 31).

2 The request has been made in proceedings between the Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce (Chamber of Commerce, Industry, Crafts and Agriculture of Lecce, Italy, 'the Chamber of Commerce of Lecce') and Salvatore Manni concerning its refusal to delete certain personal data relating to Mr Manni from the companies register.

Legal context

EU law

Directive 68/151

3 As stated in recital 3 of Directive 2003/58, the aim of the directive was, inter alia, to modernise Directive 68/151 so as to make 'company information more easily and rapidly accessible by interested parties, but should also simplify significantly the disclosure formalities imposed upon companies'.

4 The recitals of Directive 68/151 are worded as follows:

> 'Whereas the co-ordination provided for in Article 54(3)(g) [of the EEC Treaty] and in the Ge especially in regard to companies limited by shares or otherwise having limited liability, since the activities of such companies often extend beyond the frontiers of national territories;
>
> Whereas the co-ordination of national provisions concerning disclosure, the validity of obligations entered into by, and the nullity of, such companies is of special importance, particularly for the purpose of protecting the interests of third parties;
>
> Whereas in these matters Community provisions must be adopted in respect of such companies simultaneously, since the only safeguards they offer to third parties are their assets;
> Whereas the basic documents of the company should be disclosed in order that third parties may be able to ascertain their contents and other information concerning the company, especially particulars of the persons who are authorised to bind the company;
>
> Whereas the protection of third parties must be ensured by provisions which restrict to the greatest possible extent the grounds on which obligations entered into in the name of the company are not valid;
>
> Whereas it is necessary, in order to ensure certainty in the law as regards relations between the company and third parties, and also between members, to limit the cases in which nullity can arise and the retroactive effect of a declaration of nullity, and to fix a short time limit within which third parties may enter objection to any such declaration'.

5 Pursuant to Article 1 of Directive 68/151, the coordination measures prescribed by that directive apply to the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to the forms of companies listed in that provision, including, for the Italian Republic, the società a responsabilità limitata (limited liability company).

6 Article 2 of that directive, which is set out in Section I thereof, entitled 'Disclosure', states:

'1. Member States shall take the measures required to ensure compulsory disclosure by companies of at least the following documents and particulars:

…

(d) the appointment, termination of office and particulars of the persons who either as a body constituted pursuant to law or as members of any such body:
(i) are authorized to represent the company in dealings with third parties and in legal proceedings;
(ii) take part in the administration, supervision or control of the company.

…

(h) the winding-up of the company;

…

(j) The appointment of liquidators, particulars concerning them, and their respective powers, unless such powers are expressly and exclusively derived from law or from the statutes of the company;

(k) The termination of the liquidation and, in Member States where striking off the register entails legal consequences, the fact of any such striking off.'

7 Article 3 of that directive, which is also set out in that section, provides:

'1. In each Member State a file shall be opened in a central register, commercial register or companies register, for each of the companies registered therein.

2. All documents and particulars which must be disclosed in pursuance of Article 2 shall be kept in the file or entered in the register; the subject matter of the entries in the register must in every case appear in the file.

…

3. A copy of the whole or any part of the documents or particulars referred to in Article 2 must be obtainable on application. As from 1 January 2007 at the latest, applica-

tions may be submitted to the register by paper means or by electronic means as the applicant chooses.

As from a date to be chosen by each Member State, which shall be no later than 1 January 2007, copies as referred to in the first subparagraph must be obtainable from the register by paper means or by electronic means as the applicant chooses. This shall apply in the case of all documents and particulars, irrespective of whether they were filed before or after the chosen date. However, Member States may decide that all, or certain types of, documents and particulars filed by paper means on or before a date which may not be later than 31 December 2006 shall not be obtainable from the register by electronic means if a specified period has elapsed between the date of filing and the date of the application submitted to the register. Such specified period may not be less than 10 years.

…'

8 Directive 68/151 was repealed and replaced by Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and third parties, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent (OJ 2009 L 258, p. 11), as amended by Directive 2012/17/EU of the European Parliament and of the Council of 13 June 2012 (OJ 2012 L 156, p. 1).

9 Directive 2012/17 introduced, inter alia, Article 7a into Directive 2009/101, which states:
'The processing of personal data carried out within the framework of this Directive shall be subject to Directive 95/46 ...'

10 However, bearing in mind the date of the facts, the main proceedings are still governed by Directive 68/151.

Directive 95/46

11 Directive 95/46, the object of which, according to Article 1, is to protect the fundamental rights and freedoms of natural persons, in particular their right to privacy with respect to the processing of personal data, and to remove obstacles to the free flow of personal data, states in recitals 10 and 25 thereof:

'(10)Whereas the object of the national laws on the processing of personal data is to protect fundamental rights and freedoms, notably the right to privacy, which is recognised both in Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights

and Fundamental Freedoms[, signed in Rome on 4 November 1950,] and in the general principles of Community law; whereas, for that reason, the approximation of those laws must not result in any lessening of the protection they afford but must, on the contrary, seek to ensure a high level of protection in the Community;

…

(25) Whereas the principles of protection must be reflected, on the one hand, in the obligations imposed on persons … responsible for processing, in particular regarding data quality, technical security, notification to the supervisory authority, and the circumstances under which processing can be carried out, and, on the other hand, in the right conferred on individuals, the data on whom are the subject of processing, to be informed that processing is taking place, to consult the data, to request corrections and even to object to processing in certain circumstances'.

12 Article 2 of Directive 95/46 provides:
'For the purpose of this Directive:

(a) "personal data" mean any information relating to an identified or identifiable natural person (data subject), whereby an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity;

(b) "processing of personal data" ("processing") shall mean any operation or set of operations which is performed upon personal data, whether or not by automatic means, such as collection, recording, organisation, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, blocking, erasure or destruction;
…

(d) "controller" shall mean the natural or legal person, public authority, agency or any other body which alone or jointly with others determines the purposes and means of the processing of personal data; where the purposes and means of processing are determined by national or Community laws or regulations, the controller or the specific criteria for his nomination may be designated by national or Community law;
…'

13 Article 3 of that directive, entitled 'Scope', states, in paragraph 1:

'This Directive applies to the processing of personal data wholly or partly by automated means, and to the processing other than by automated means of personal data which form part of a filing system or are intended to form part of a filing system.'

14 In Section I (entitled 'Principles relating to data quality') of Chapter II of Directive 95/46, Article 6 is worded as follows:

'1. Member States shall provide that personal data must be:

(a) processed fairly and lawfully;

(b) collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a way incompatible with those purposes. Further processing of data for historical, statistical or scientific purposes is not to be considered as incompatible provided that Member States provide appropriate safeguards.

(c) adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are collected and/or further processed;

(d) accurate and, where necessary, kept up to date; every reasonable step must be taken to ensure that data which are inaccurate or incomplete, having regard to the purposes for which they were collected or for which they are further processed, are erased or rectified;

(e) kept in a form which permits identification of data subjects for no longer than is necessary for the purposes for which the data were collected or for which they are further processed. Member States must lay down appropriate safeguards for personal data stored for longer periods for historical, statistical or scientific use.

2. It shall be for the controller to ensure that paragraph 1 is complied with.'

15 In Section II (entitled 'Criteria for making data processing legitimate') of Chapter II of Directive 95/46, Article 7 provides:

'Member States shall provide that personal data may be processed only if:

…

(c) processing is necessary for compliance with a legal obligation to which the controller is subject; or

…

(e) processing is necessary for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller or in a third party to whom the data are disclosed;
or
(f) processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by the third party or parties to whom the data are disclosed, except where such interests are overridden by the interests for fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection under Article 1(1).'

16 Article 12 of that directive, entitled 'Rights of access', provides:
'Member States shall guarantee every data subject the right to obtain from the controller:

…
(b) as appropriate the rectification, erasure or blocking of data the processing of which does not comply with the provisions of this Directive, in particular because of the incomplete or inaccurate nature of the data;
…'

17 Article 14 of Directive 95/46, entitled 'The data subject's right to object', provides:
'Member States shall grant the data subject the right:
(a) at least in the cases referred to in Article 7(e) and (f), to object at any time on compelling legitimate grounds relating to his particular situation to the processing of data relating to him, save where otherwise provided by national legislation. Where there is a justified objection, the processing instigated by the controller may no longer involve those data;
…'

18 Article 28 of Directive 95/46 provides for the establishment by the Member States of a supervis ory authority responsible for supervising the application of the provisions adopted pursuant to that directive.

Italian law

19 Article 2188 of the codice civil (Civil Code) provides:
'A companies register shall be established for entries in the register required by law.
The register shall be kept by the office of the companies register under the supervision of a judge appointed by the president of the court.
The register shall be publicly available.'

20 Article 8(1) and (2) of legge n. 580 — Riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura (Law No 580 on the reorganisation of the chambers of commerce, industry, craft trades and agriculture) of 29 December 1993 (Ordinary Sup-

plement to GURI No 7 of 11 January 1994), provides that it is the responsibility of the chambers of commerce, industry, craft trades and agriculture to keep the register.

21 Decreto del Presidente della Repubblica n. 581 — Regolamento di attuazione dell'articolo 8 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, in materia di istituzione del registro delle imprese di cui all'articolo 2188 del codice civile (Decree No 581 of the President of the Republic, laying down implementing regulations for Article 8 of Law No 580, of 29 December 1993, concerning the establishment of the companies register referred to in Article 2188 of the Civil Code) of 7 December 1995 (GURI No 28 of 3 February 1996), governs certain details relating to the companies register.

22 Directive 95/46 has been transposed into Italian law by decreto legislativo n. 196 — Codice in materia di protezione dei dati personali (Legislative Decree No 196 on the personal data protection code) of 30 June 2003 (Ordinary Supplement to GURI No 174 of 29 July 2003).

The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

23 Mr Manni is the sole director of Italiana Costruzioni Srl, a building company which was awarded a contract for the construction of a tourist complex.

24 By an action commenced on 12 December 2007, Mr Manni brought proceedings against the Lecce Chamber of Commerce, claiming that the properties in that complex were not selling because it was apparent from the companies register that he had been the sole director and liquidator of Immobiliare e Finanziaria Salentina Srl ('Immobiliare Salentina'), which had been declared insolvent in 1992 and struck off the companies register, following liquidation proceedings, on 7 July 2005.

25 In that action, Mr Manni alleged that the personal data concerning him, which appear in the companies register, had been processed by a company specialised in the collection and processing of market information and in risk assessment ('rating'), and that, notwithstanding a request to remove it from the register, the Lecce Chamber of Commerce has not done so.

26 Mr Manni therefore sought an order requiring the Lecce Chamber of Commerce to erase, anonymise or block the data linking him to the liquidation of Immobiliare Salentina, together with an order that that chamber compensate him for the damage he suffered by reason of the injury to his reputation.

27 By judgment of 1 August 2011, the Tribunale di Lecce (Court of Lecce, Italy) upheld that claim, ordering the Lecce Chamber of Commerce to anonymise the data linking Mr

Manni to the liquidation of Immobiliare Salentina and to pay compensation for the damage suffered by him, assessed at EUR 2000, together with interest and costs.

28 The Tribunale di Lecce (Court of Lecce) considered that 'it is not permissible for entries in the register which link the name of an individual to a critical phase in the life of the company (such as its liquidation) to be permanent, unless there is a specific general interest in their retention and disclosure'. In the absence of any provision in the Civil Code laying down a maximum period of registration, that court held that, 'after an appropriate period' from the conclusion of the liquidation, and after the company has been removed from the register, stating the name of the person who was sole director of that company at the time of the liquidation ceased to be necessary and useful, for the purposes of Legislative Decree No 196, and the public interest in a 'historical memory' of the existence of the company and the difficulties it experienced [could] to a great extent be just as well effected by means of anonymous data'.

29 The Lecce Chamber of Commerce brought an appeal against that judgment before the Corte Suprema di Cassazione (Court of Cassation, Italy), which decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling:

'(1) Must the principle of keeping personal data in a form which permits identification of data subjects for no longer than is necessary for the purposes for which the data were collected or for which they are further processed, laid down in Article 6(1)(e) of Directive 95/46, transposed by Legislative Decree No 196 of 30 June 2003, take precedence over and, therefore, preclude the system of disclosure established by means of the companies register provided for by Directive 68/151 and by national law in Article 2188 of the Civil Code and Article 8 of Law No 580 of 29 December 1993, in so far as it is a requirement of that system that anyone may, at any time, obtain the data relating to individuals in those registers?

(2) Consequently, is it permissible under Article 3 of Directive 68/151, by way of derogation from the principles that there should be no time limit and that anyone may consult the data published in the companies register, for the data no longer to be subject to "disclosure", in both those regards, but to be available for only a limited period and only to certain recipients, on the basis of a case-by-case assessment by the data manager?'

Consideration of the questions referred

30 By its questions, which should be considered together, the referring court asks, essentially, whether Article 3 of Directive 68/151 and Article 6(1)(e) of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that Member States may, and indeed must, allow individuals,

covered by Article 2(1)(d) and (j) of Directive 68/151, to request the authority responsible for maintaining the companies register to limit, after a certain period has elapsed from the dissolution of the company concerned and on the basis of a case-by-case assessment, access to personal data concerning them and entered in that register.

31 It should be noted at the outset that the case at issue in the main proceedings and the questions referred to the Court for a preliminary ruling do not concern the subsequent processing of the data at issue in this case by a specialised rating company, referred to in paragraph 25 of the present judgment, but rather the accessibility of such data held in the companies register by third parties.

32 In that regard, it must first be pointed out that, under Article 2(1)(d) of Directive 68/151, Member States must take the measures necessary to ensure compulsory disclosure by companies of at least the appointment, termination of office and particulars of the persons who either as a body constituted pursuant to law, or as members of any such body, are authorised to represent the company in dealings with third parties and in legal proceedings, or take part in the administration, supervision or control of that company. Moreover, according to Article 2(1)(j), the appointment of liquidators, particulars concerning them and, in principle, their respective powers must also be disclosed.

33 Pursuant to Article 3(1) to (3) of Directive 68/151, those particulars must be transcribed in each Member State either in a central register, commercial register or companies register (together, 'the register'), and a copy of the whole or any part of those particulars must be obtainable by application.

34 It must be held that the particulars concerning the identity of the persons referred to in Article 2(1)(d) and (j) of Directive 68/151 constitute, as information relating to identified or identifiable natural persons, 'personal data' within the meaning of Article 2(a) of Directive 95/46. It is apparent from the Court's case-law that the fact that that information was provided as part of a professional activity does not mean that it cannot be characterised as personal data (see judgment of 16 July 2015, ClientEarth and PAN Europe v EFSA, C‑615/13 P, EU:C:2015:489, paragraph 30 and the case-law cited).

35 Furthermore, by transcribing and keeping that information in the register and communicating it, where appropriate, on request to third parties, the authority responsible for maintaining that register carries out 'processing of personal data' for which it is the 'controller', within the meaning of the definitions set out Article 2(b) and (d) of Directive 95/46.

36 The processing of personal data which is thus carried out in the implementation of Article 2(1)(d) and (j) and Article 3 of Directive 68/151 is subject to Directive 95/46, under

Articles 1 and 3 thereof. This is now expressly provided for in Article 7a of Directive 2009/101, as amended by Directive 2012/17, which, however, is only declaratory in that regard. As the European Commission stated at the hearing, the EU legislature considered it useful to recall that fact in the context of the legislative changes introduced by Directive 2012/17 and aimed at ensuring interoperability of registers of the Member States, since those changes suggested an increase in the intensity of the processing of personal data.

37 With regard to Directive 95/46, it should be remembered that, as is apparent from Article 1 and recital 10, that directive seeks to ensure a high level of protection of the fundamental rights and freedoms of natural persons, in particular their right to privacy, with respect to the processing of personal data (see judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, C‑131/12, EU:C:2014:317, paragraph 66 and the case-law cited).

38 According to recital 25 of Directive 95/46, the principles of protection laid down by the directive are reflected, on the one hand, in the obligations imposed on persons responsible for processing data, in particular regarding data quality, technical security, notification to the supervisory authority and the circumstances under which processing can be carried out, and, on the other hand, in the rights conferred on individuals whose data are the subject of processing to be informed that such processing is taking place, to consult the data, to request corrections and even to object to processing in certain circumstances.

39 The Court has already held that the provisions of Directive 95/46, in so far as they govern the processing of personal data liable to infringe fundamental freedoms and, in particular, the right to respect for private life, must necessarily be interpreted in the light of the fundamental rights guaranteed by the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the Charter') (see judgment of 6 October 2015, Schrems, C‑362/14, EU:C:2015:650, paragraph 38 and the case-law cited).

40 Article 7 of the Charter therefore guarantees the right to respect for private life, whilst Article 8 of the Charter expressly proclaims the right to the protection of personal data. Article 8(2) and (3) states that such data must be processed fairly, for specific purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law, that everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her and the right to have it rectified, and that compliance with those rules is to be subject to control by an independent authority. Those requirements are implemented inter alia in Articles 6, 7, 12, 14 and 28 of Directive 95/46.

41 With regard, in particular, to the general conditions of lawfulness imposed by Directive 95/46, it should be noted that, subject to the exceptions permitted under Article 13 of that directive, all processing of personal data must comply, first, with the principles re-

lating to data quality set out in Article 6 of the directive and, secondly, with one of the criteria for making data processing legitimate listed in Article 7 of the directive (see, inter alia, judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, C‑131/12, EU:C:2014:317, paragraph 71 and the case-law cited).

42 In that regard, as the Advocate General pointed out in point 52 of his Opinion, it should be noted that the processing of personal data by the authority responsible for keeping the register pursuant to Article 2(1)(d) and (j) and Article 3 of Directive 68/151 satisfies several grounds for legitimation provided for in Article 7 of Directive 95/46, namely those set out in subparagraph (c) thereof, relating to compliance with a legal obligation, subparagraph (e), relating to the exercise of official authority or the performance of a task carried out in the public interest, and subparagraph (f) relating to the realisation of a legitimate interest pursued by the controller or by the third parties to whom the data are disclosed.

43 With regard, inter alia, to the ground for legitimation provided for in Article 7(e) of Directive 95/46, it should be noted that the Court of Justice has already held that the activity of a public authority consisting in the storing, in a database, of data which undertakings are obliged to report on the basis of statutory obligations, permitting interested persons to search for that data and providing them with print-outs thereof, falls within the exercise of public powers (see judgment of 12 July 2012, Compass-Datenbank, C‑138/11, EU:C:2012:449, paragraphs 40 and 41). Moreover, such an activity also constitutes a task carried out in the public interest within the meaning of that provision.

44 In the present case, the parties to the main proceedings disagree as to whether the authority responsible for keeping the register should, after a certain period has elapsed since a company ceased to trade, and on the request of the data subject, either erase or anonymise that personal data, or limit their disclosure. In that context, the referring court asks in particular whether such an obligation flows from Article 6(1)(e) of Directive 95/46.

45 According to Article 6(1)(e) of Directive 95/46, Member States are to ensure that personal data are kept in a form which permits identification of data subjects for no longer than is necessary for the purposes for which the data were collected or for which they are further processed. Where that data are stored for longer periods for historical, statistical or scientific use, Member States must lay down appropriate safeguards. Pursuant to paragraph 2 of that article, it is the responsibility of the controller to ensure compliance with those principles.

46 In the event of failure to comply with the condition laid down in Article 6(1)(e) of Directive 95/46, Member States guarantee the person concerned, pursuant to Article 12(b)

thereof, the right to obtain from the controller, as appropriate, the erasure or blocking of the data concerned (see, to that effect, judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, C‑131/12, EU:C:2014:317, paragraph 70).

47 Moreover, under subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46, Member States are to grant the data subject the right, inter alia in the cases referred to in Article 7(e) and (f) of that directive, to object at any time on compelling legitimate grounds relating to his particular situation to the processing of data relating to him, save where otherwise provided by national legislation. The balancing to be carried out under subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 thus enables account to be taken in a more specific manner of all the circumstances surrounding the data subject's particular situation. Where there is a justified objection, the processing instigated by the controller may no longer involve those data (see judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, C‑131/12, EU:C:2014:317, paragraph 76).

48 In order to determine whether Member States are required, under Article 6(1)(e) and Article 12(b), or under subsection (a) of the first subparagraph of Article 14 of Directive 95/46, to provide, for the natural persons referred to in Article 2(1)(d) and (j) of Directive 68/151, the right to apply to the authority responsible for keeping the register to erase or block the personal data entered in that register after a certain period of time, or to restrict access to it, it is first necessary to ascertain the purpose of that registration.

49 In that regard, it is apparent from the recitals and from the title of Directive 68/151 that the purpose of the disclosure provided for by that directive is to protect in particular the interests of third parties in relation to joint stock companies and limited liability companies, since the only safeguards they offer to third parties are their assets. To that end, the basic documents of the company concerned should be disclosed in order that third parties may be able to ascertain their contents and other information concerning the company, especially particulars of the persons who are authorised to bind the company.

50 The Court has already noted, moreover, that the purpose of Directive 68/151 is to guarantee legal certainty in relation to dealings between companies and third parties in view of the intensification of trade between Member States following the creation of the internal market and that, with that in mind, it is important that any person wishing to establish and develop trading relations with companies situated in other Member States should be able easily to obtain essential information relating to the constitution of trading companies and to the powers of persons authorised to represent them, which requires that all the relevant information should be expressly stated in the register (see, to that effect, judgment of 12 November 1974, Haaga, 32/74, EU:C:1974:116, paragraph 6).

51 Moreover, it is apparent from the case-law of the Court that the disclosure provided for in Article 3 of Directive 68/151 is intended to enable any interested third parties to inform themselves of these matters, without having to establish a right or an interest requiring to be protected. The Court noted, in that regard, that the very wording of Article 54(3)(g) of the EEC Treaty, on which that directive was based, refers to the need to protect the interests of third parties generally, without distinguishing or excluding any categories falling within the ambit of that term, and consequently the third parties referred to in that article cannot be limited in particular merely to creditors of the company concerned (see judgment of 4 December 1997, Daihatsu Deutschland, C‑97/96, EU:C:1997:581, paragraphs 19, 20 and 22, and the order of 23 September 2004, Springer, C‑435/02 and C‑103/03, EU:C:2004:552, paragraphs 29 and 33).

52 Furthermore, as to whether, in order to achieve the aim referred to in Article 3 of Directive 68/151, it is in principle necessary for the personal data of natural persons referred to in Article 2(1)(d) and (j) of that directive to remain on the register and/or accessible to any third party upon request also after the activity has ceased and the company concerned has been dissolved, it should be pointed out that the directive makes no express provision in that regard.

53 However, as the Advocate General also pointed out in points 73 and 74 of his Opinion, it is common ground that even after the dissolution of a company, rights and legal relations relating to it continue to exist. Thus, in the event of a dispute, the data referred to in Article 2(1)(d) and (j) of Directive 68/151 may be necessary in order, inter alia, to assess the legality of an act carried out on behalf of that company during the period of its activity or so that third parties can bring an action against the members of the organs or against the liquidators of that company.

54 Moreover, depending in particular on the limitation periods applicable in the various Member States, questions requiring such data may arise for many years after a company has ceased to exist.

55 In view of the range of possible scenarios, which may involve actors in several Member States, and the considerable heterogeneity in the limitation periods provided for by the various national laws in the various areas of law, highlighted by the Commission, it seems impossible, at present, to identify a single time limit, as from the dissolution of a company, at the end of which the inclusion of such data in the register and their disclosure would no longer be necessary.

56 In those circumstances, Member States cannot, pursuant to Article 6(1)(e) and Article 12(b) of Directive 95/46, guarantee that the natural persons referred to in Article 2(1)(d) and (j) of Directive 68/151 have the right to obtain, as a matter of principle, after a cer-

tain period of time from the dissolution of the company concerned, the erasure of personal data concerning them, which have been entered in the register pursuant to the latter provision, or the blocking of that data from the public.

57 That interpretation of Article 6(1)(e) and Article 12(b) of Directive 95/46 does not, moreover, result in disproportionate interference with the fundamental rights of the persons concerned, and particularly their right to respect for private life and their right to protection of personal data as guaranteed by Articles 7 and 8 of the Charter.

58 First, Article 2(1)(d) and (j) and Article 3 of Directive 68/151 require disclosure only for a limited number of personal data items, namely those relating to the identity and the respective functions of persons having the power to bind the company concerned to third parties and to represent it or take part in the administration, supervision or control of that company, or having been appointed as liquidator of that company.

59 Secondly, as pointed out in paragraph 49 of the present judgment, Directive 68/151 provides for disclosure of the data referred to in Article 2(1)(d) and (j) thereof, due, in particular, to the fact that the only safeguards that joint-stock companies and limited liability companies offer to third parties are their assets, which constitutes an increased economic risk for the latter. In view of this, it appears justified that natural persons who choose to participate in trade through such a company are required to disclose the data relating to their identity and functions within that company, especially since they are aware of that requirement when they decide to engage in such activity.

60 Finally, as regards subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46, it must be pointed out that, whereas it follows from the foregoing that, in the weighting to be carried out under that provision, in principle, the need to protect the interests of third parties in relation to joint-stock companies and limited liability companies and to ensure legal certainty, fair trading and thus the proper functioning of the internal market take precedence, it cannot be excluded, however, that there may be specific situations in which the overriding and legitimate reasons relating to the specific case of the person concerned justify exceptionally that access to personal data entered in the register is limited, upon expiry of a sufficiently long period after the dissolution of the company in question, to third parties who can demonstrate a specific interest in their consultation.

61 In that regard, however, it should be pointed out that, in so far as the application of subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 is subject to the proviso that national law does not lay down a provision to the contrary, the final decision as to whether the natural persons referred to in Article 2(1)(d) and (j) of Directive 68/151 may apply to the authority responsible for keeping the register for such limita-

tion of access to personal data concerning them, on the basis of a case-by-case assessment, is a matter for the national legislatures.

62 It is for the referring court to determine the provisions of its national law in that regard.

63 Assuming that such an examination reveals that national law permits such applications, it will be for the national court to assess, having regard to all the relevant circumstances and taking into account the time elapsed since the dissolution of the company concerned, the possible existence of legitimate and overriding reasons which, as the case may be, exceptionally justify limiting third parties' access to the data concerning Mr Manni in the company register, from which it is apparent that he was the sole administrator and liquidator of Immobiliare Salentina. In that regard, it should be pointed out that the mere fact that, allegedly, the properties of a tourist complex built by Italiana Costruzioni, of which Mr Manni is currently the sole director, do not sell because of the fact that potential purchasers of those properties have access to that data in the company register, cannot be regarded as constituting such a reason, in particular in view of the legitimate interest of those purchasers in having that information.

64 In the light of all the foregoing considerations, the answer to the questions referred must be that Article 6(1)(e), Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46, read in conjunction with Article 3 of Directive 68/151, must be interpreted as meaning that, as EU law currently stands, it is for the Member States to determine whether the natural persons referred to in Article 2(1)(d) and (j) of that directive may apply to the authority responsible for keeping the register to determine, on the basis of a case-by-case assessment, if it is exceptionally justified, on compelling legitimate grounds relating to their particular situation, to limit, on the expiry of a sufficiently long period after the dissolution of the company concerned, access to personal data relating to them, entered in that register, to third parties who can demonstrate a specific interest in consulting that data.

Costs

65 Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Second Chamber) hereby rules:

Article 6(1)(e), Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24

October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, read in conjunction with Article 3 of the First Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community, as amended by Directive 2003/58/EC of the European Parliament and of the Council of 15 July 2003, must be interpreted as meaning that, as EU law currently stands, it is for the Member States to determine whether the natural persons referred to in Article 2(1)(d) and (j) of that directive may apply to the authority responsible for keeping, respectively, the central register, commercial register or companies register to determine, on the basis of a case-by-case assessment, if it is exceptionally justified, on compelling legitimate grounds relating to their particular situation, to limit, on the expiry of a sufficiently long period after the dissolution of the company concerned, access to personal data relating to them, entered in that register, to third parties who can demonstrate a specific interest in consulting that data.

[Signatures]

FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE SPEECH

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, THIRD SECTION, ROLF ANDERS DANIEL PIHL V. SWEDEN, MARCH 9TH 2017

The decision deals with a complaint about an alleged breach of the applicant's right to privacy and reputation under Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR), because the Swedish authorities had refused to hold the operator of a website liable for a defamatory blog post and an anonymous online comment. Again, the European Court of Human Rights (ECtHR) applies a crucial distinction between illegal hate speech and defamation, limiting the liability of the operator of the blog when it (only) concerns defamation, and not incitement to violence.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
THIRD SECTION
DECISION

Application no 74742/14
Rolf Anders Daniel PIHL against Sweden
The European Court of Human Rights (Third Section), sitting on
7 February 2017 as a Chamber composed of:
Branko Lubarda, President,
Helena Jäderblom,
Luis López Guerra,
Helen Keller,
Pere Pastor Vilanova,
Alena Polá□ ková,

Georgios A. Serghides, judges,
and Stephen Phillips, Section Registrar,
Having regard to the above application lodged on 22 November 2014,
Having deliberated, decides as follows:

THE FACTS

1. The applicant, Mr Rolf Anders Daniel Pihl, is a Swedish national who was born in 1986 and lives in Linköping, Sweden.

A. The circumstances of the case

2. The facts of the case, as submitted by the applicant, may be summarised as follows.

3. On 29 September 2011, a blog post was published accusing the applicant of being involved in a Nazi party. The blog on which the post appeared was a small one run by a non-profit association. Although the blog allowed comments to be posted, it was clearly stated that such comments were not checked before publication and that commentators were re-

sponsible for their own statements. Commentators were therefore requested to "display good manners and obey the law".
4. The day after publication of the post, an anonymous person using the name "björnpeder" posted a comment stating that "that guy pihl is also a real hash-junkie according to several people I have spoken to" ("han där pihl är ju dessutom en rejäler hasch pundare enligt flera jag snackat me").
5. On 8 October 2011 the applicant posted a comment on the blog in reply to the above comment and blog post about him, stating that the information there was wrong and should immediately be removed.
6. The following day the blog post and the comment were removed and a new post was added on the blog by the association – stating that the earlier post had been wrong and based on inaccurate information – and it apologised for the mistake. However, according to the applicant, it was still possible to find the old post and the comment on the Internet via search engines.
7. On 11 October 2011, the applicant sued the association and claimed symbolic damages of 1 Swedish krona (SEK), approximately 0.10 euro (EUR). He submitted that the post and the comment constituted defamation and that the association was responsible for both – for the latter because the association had failed to remove it immediately.
8. On 11 November 2011 Linköping District Court (tingsrätt) rejected his claims but, on 10 July 2012, Göta Court of Appeal (hovrätt) found that a procedural error had been committed. It quashed the lower court's judgment and referred the case back to it.
9. The Linköping District Court subsequently dismissed the claim relating to the publication of the blog post on the grounds that it was covered by a regulation in the Fundamental Law on Freedom of Expression (Yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469)) and that the court competent to examine that part of the claim was therefore Stockholm District Court. However, it found that it was competent to examine the applicant's claim in so far as it related to the comment posted on the blog.
10. The applicant argued before the District Court that the comment on the blog was untrue and constituted defamation. The association had received an email when the comment was posted and, on the basis of an analogous interpretation of Section 5 of the Act on Responsibility for Electronic Bulletin Boards (lag [1998:112] om ansvar för elektroniska anslagstavlor; see paragraph 18 below), was obliged to remove the comment immediately since it was defamatory. It was unacceptable that the comment had been allowed to remain on the blog for nine days, as it had been spread and was searchable. Moreover, the applicant submitted that since it had been impossible to find the person who had written the comment – the last trace being a French IP-address – the association could be held responsible for failing to remove the defamatory comment immediately.
11. The association admitted that the comment constituted defamation and that it had received an email when it was published. However, it stressed that comments posted on the blog were not reviewed before they were published and it was expressly stated on the webpage that everyone was responsible for their own comments. The association was therefore not responsible for the comment. Moreover, it had not been obliged to remove the comment under the Act on Responsibility for Electronic Bulletin Boards since defamation was not one of the offences listed in the Act for which such an obligation existed.

12. On 11 March 2013, the District Court rejected the applicant's claim. It found the comment constituted defamation based on the content and the context in which it had been made. However, it found no legal grounds on which to hold the association responsible for failing to remove the comment sooner than it had done. It noted that Section 5 of the Act on Responsibility for Electronic Bulletin Boards did not include defamation, for which reason the association, or its legal representative, could not be accused of defamation, either as the principal or as an accomplice, according to the Penal Code or Section 5 of the Act.
13. The applicant appealed against the judgment to the Court of Appeal, which granted leave to appeal. On 28 November 2013, it upheld the District Court's judgment in full, finding no reason to divert from the lower court's conclusions.
14. On 19 March 2014 the Supreme Court (Högsta domstolen) refused the applicant leave to appeal.
15. On 11 April 2014 the applicant lodged an application with the Chancellor of Justice (Justitiekanslern) for payment of damages on the basis that the State had failed in its positive obligations under Article 8 of the Convention through the national courts' decision not to hold the association responsible for the defamatory comment against him.
16. On 25 July 2015 the Chancellor of Justice rejected the application. The Chancellor noted that protection against defamatory statements fell within the scope of Article 8 of the Convention but that, in situations like the present one, the applicant's rights under that Article had to be balanced against the right to freedom of expression under Article 10. Referring to the Court's reasoning in the case of Delfi AS v. Estonia (no. 64569/09, 10 October 2013) and noting that the case had been referred to the Grand Chamber, the Chancellor found that it could not be deduced from the Court's case-law that there was an absolute obligation on States to have legislation in place, in each individual case, enabling the person responsible for a blog to be held accountable for comments made on it. Instead, the rights under Article 8 and Article 10 had to be balanced against each other in each individual case and, in doing so, the State had a margin of appreciation. Having regard to the above, the Chancellor found that the circumstances of the case in question did not support the conclusion that Article 8 had been violated.
B. Relevant domestic law
17. Defamation is criminalised under Chapter 5, Section 1 of the Penal Code (Brottsbalken(1962:700)) which reads as follows:
"A person who points out someone as being a criminal or as having a reprehensible way of living or otherwise furnishes information intended to cause exposure to the disrespect of others, shall be sentenced to a fine for defamation. If he was duty-bound to express himself or if, considering the circumstances, the furnishing of information on the matter was defensible, or if he can show that the information was true or that he had reasonable grounds for it, no punishment shall be imposed".
18. Section 5 of the Act on Responsibility for Electronic Bulletin Boards, concerning the obligation to erase certain messages, states:
"If a user submits a message to an electronic bulletin board, the supplier of the service must remove the message from the service, or in some other way prevent its further dissemination, if

1. the message content is obviously such as is referred to in the Penal Code, Chapter 16, Section 5, about inciting rebellion, Chapter 16, Section 8, about agitation against a national ethnic group, Chapter 16, Section 10a, about child pornography crime, or Chapter 16, Section 10b, about unlawful depiction of violence, or
2. it is obvious that the user has, by submitting the message, infringed the copyright or other right protected by Section 5 of the Copyright (Artistic and Literary Works) Act (1960:729).
In order to be able to fulfil the obligation under the first paragraph, the supplier is allowed to review the content of messages in the service. The obligation under the first paragraph and the right under the second paragraph also apply to those who have been appointed by the supplier to supervise the service."
19. According to Section 7 of the Act, a person who intentionally or through gross negligence violates Section 5, paragraph 1, of the Act will be sentenced to a fine or a maximum of six months' imprisonment or, if the crime is aggravated, to a maximum of two years' imprisonment. In cases of minor violations, the person will not be held responsible. Moreover, paragraph 2 of Section 7 provides that the first paragraph will not be applied if the offence is subject to criminal liability under the Penal Code or the Copyright Act.
20. Section 4 of the Act states that, in order to be able to fulfil the obligations under Section 5 of the Act, the supplier of an electronic bulletin board must supervise such monitoring of the service as can reasonably be demanded, taking into consideration the extent and focus of the service.

COMPLAINT

21. The applicant complained under Article 8 of the Convention that the fact that Swedish legislation prevented him from holding the association responsible for the defamatory comment had violated his right to respect for his private life.

THE LAW

22. The applicant complained that his right to privacy had been violated, contrary to Article 8 of the Convention, which in the relevant parts, reads:
"1. Everyone has the right to respect for his private ... life ...
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."
23. The Court reiterates that the notion of "private life" within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which extends to a number of aspects relating to personal identity, such as a person's name or image, and furthermore includes a person's physical and psychological integrity (see Von Hannover v. Germany, no. 59320/00, § 50, ECHR 2004-VI, with further references). It has also been accepted by the Court that a person's right to protection of his or her reputation is encompassed by Article 8 as part of the

right to respect for private life (see Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary, no. 22947/13, § 57, 2 February 2016, and Pfeifer v. Austria, no. 12556/03, § 35, ECHR 2007‑XII).
24. However, in order for Article 8 to come into play, the attack on personal honour and reputation must attain a certain level of seriousness and must have been carried out in a manner causing prejudice to personal enjoyment of the right to respect for private life (see Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, § 137, ECHR 2015, and Axel Springer AG v. Germany [GC], no. 39954/08, § 83, 7 February 2012).
25. In the present case, the Court notes that the comment made about the applicant was found by the national courts to constitute defamation because of the context in which it had been made. While the Court considers that the comment, although offensive, certainly did not amount to hate speech or incitement to violence (contrast Delfi AS, cited above, §§ 18, 114 and 162), it accepts the national courts' finding and, consequently, that the comment falls within the scope of Article 8.
26. The Court next observes that what is at issue in the present case is not an act by the State but the alleged inadequacy of the protection afforded by the domestic courts to the applicant's private life. While the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this negative undertaking, there may be positive obligations inherent in effective respect for private or family life. These obligations may also involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves. The boundary between the State's positive and negative obligations under Article 8 does not lend itself to precise definition; the applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the relevant competing interests; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, §§ 98-99, ECHR 2012).
27. In this respect, as concerns competing interests under Article 8 and Article 10 of the Convention, the Court has established the following, as summarised in Delfi AS (cited above, § 139):
"The Court has found that, as a matter of principle, the rights guaranteed under Articles 8 and 10 deserve equal respect, and the outcome of an application should not, in principle, vary according to whether it has been lodged with the Court under Article 10 of the Convention by the publisher of an offending article or under Article 8 of the Convention by the person who has been the subject of that article. Accordingly, the margin of appreciation should in principle be the same in both cases (see Axel Springer AG, cited above, § 87, and Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 106, ECHR 2012, with further references to the cases of Hachette Filipacchi Associés, cited above, § 41; Timciuc v. Romania (dec.), no. 28999/03, § 144, 12 October 2010; and Mosley v. the United Kingdom, no. 48009/08, § 111, 10 May 2011). Where the balancing exercise between those two rights has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts (see Axel Springer AG, cited above, § 88,

and Von Hannover (no. 2), cited above, § 107, with further references to MGN Limited, cited above, §§ 150 and 155, and Palomo Sánchez and Others v. Spain [GC], nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, § 57, 12 September 2011).
In other words, there will usually be a wide margin afforded by the Court if the State is required to strike a balance between competing private interests or competing Convention rights (see Evans v. the United Kingdom [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-I; Chassagnou and Others v. France [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 113, ECHR 1999-III; and Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, § 40, 10 January 2013)."
28. In making this assessment, the Court has also identified the following specific aspects of freedom of expression in terms of protagonists playing an intermediary role on internet, as being relevant for the concrete assessment of the interference in question: the context of the comments, the measures applied by the company in order to prevent or remove defamatory comments, the liability of the actual authors of the comments as an alternative to the intermediary's liability, and the consequences of the domestic proceedings for the company (see Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt, cited above, § 69, with reference to Delfi AS, cited above, §§ 142-143).
29. The question is thus whether, in the present case, the State has achieved a fair balance between the applicant's right to respect for his private life under Article 8 and the association's right to freedom of expression guaranteed by Article 10 of the Convention.
30. As regards the context of the comment, the Court notes that the underlying blog post accused the applicant, incorrectly, of being involved in a Nazi party. However, the post was removed and an apology published when the applicant notified the association of the inaccuracy of the post. The applicant sued the association in relation to this blog post before the national courts but the Court has not been informed about the outcome of these proceedings. Moreover, the Court observes that the comment about the applicant did not concern his political views and had nothing to do with the content of the blog post. It could therefore hardly have been anticipated by the association.
31. In relation thereto, the Court attaches importance to the fact that the association is a small non-profit association, unknown to the wider public, and it was thus unlikely that it would attract a large number of comments or that the comment about the applicant would be widely read (contrast Delfi AS, cited above, §§ 115-116). As the Court found in Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt (cited above, § 82), expecting the association to assume that some unfiltered comments might be in breach of the law would amount to requiring excessive and impractical forethought capable of undermining the right to impart information via internet.
32. As regards the measures taken by the association to prevent or remove defamatory comments, the Court notes that the blog had a function through which the association was notified when comments were posted on it.
However, it was clearly stated on the blog that the association did not check such comments before they were published and that commentators were responsible for their own statements. Commentators were also requested to display good manners and obey the law. Moreover, the Court observes that the association removed the blog post and the comment one day after being notified by the applicant that the post was incorrect and that he wanted the post and the comment removed. The association furthermore posted a new

blog post with an explanation for the error and an apology. The comment had been on the blog for about nine days in total (contrast Delfi AS, cited above, § 19, where the clearly unlawful comments were removed only about six weeks after their publication).
33. The Court also notes that, as concerns the alleged possibility of still being able to find the comment via search engines, the applicant is entitled to request that the search engines remove any such traces of the comment (see the Court of Justice of the European Union judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, no. C-131/12, EU:C:2014:317).
34. Turning to the liability of the originator of the comment, the Court observes that the applicant obtained the IP-address of the computer used to submit the comment. However, he has not stated that he took any further measures to try to obtain the identity of the author of the comment.
35. Furthermore, since the applicant's claim was rejected by the domestic courts, the domestic proceedings had no consequences for the association in the present case. However, the Court has previously found that liability for third-party comments may have negative consequences on the commentrelated environment of an internet portal and thus a chilling effect on freedom of expression via internet. This effect could be particularly detrimental for a non-commercial website (see Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt, cited above, § 86).
36. Lastly the Court notes that the applicant's case was considered on its merits by two judicial instances at the domestic level before the Supreme Court refused leave to appeal. Moreover, the Chancellor of Justice examined that applicant's complaint under Article 8 of the Convention, referring to the Court's case-law and the need to balance the interests under Article 8 and Article 10 before finding that the case did not disclose a violation of the applicant's rights under Article 8. The Court further observes that the scope of responsibility of those running blogs is regulated by domestic law and that, had the comment been of a different and more severe nature, the association could have been found responsible for not removing it sooner (see paragraphs 18-20 above).
37. In view of the above, and especially the fact that the comment, although offensive, did not amount to hate speech or incitement to violence and was posted on a small blog run by a non-profit association which took it down the day after the applicant's request and nine days after it had been posted, the Court finds that the domestic courts acted within their margin of appreciation and struck a fair balance between the applicant's rights under Article 8 and the association's opposing right to freedom of expression under Article 10.
38. It follows that the application is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.
For these reasons, the Court, unanimously, Declares the application inadmissible.
Done in English and notified in writing on 9 March 2017.
Stephen Phillips Branko Lubarda
Registrar President

DISCRIMINATION BASED ON RELIGION OR BELIEF

EUROPEAN COURT OF JUSTICE, GRAND CHAMBER, IN CASE C-157/15, 14 MARCH 2017

Article 2(2)(a) of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation must be interpreted as meaning that the prohibition on wearing an Islamic headscarf, which arises from an internal rule of a private undertaking prohibiting the visible wearing of any political, philosophical or religious sign in the workplace, does not constitute direct discrimination based on religion or belief within the meaning of that directive. By contrast, such an internal rule of a private undertaking may constitute indirect discrimination within the meaning of Article 2(2)(b) of Directive 2000/78 if it is established that the apparently neutral obligation it imposes results, in fact, in persons adhering to a particular religion or belief being put at a particular disadvantage, unless it is objectively justified by a legitimate aim, such as the pursuit by the employer, in its relations with its customers, of a policy of political, philosophical and religious neutrality, and the means of achieving that aim are appropriate and necessary, which it is for the referring court to ascertain

JUDGEMENT OF THE COURT (GRAND CHAMBER)

14 MARCH 2017

(In Case C‑157/15,
REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Hof van Cassatie (Court of Cassation, Belgium), made by decision of 9 March 2015, received at the Court on 3 April 2015, in the proceedings

Samira Achbita,

Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding

v

G4S Secure Solutions NV,

THE COURT (GRAND CHAMBER),

composed of K. Lenaerts, President, A. Tizzano, Vice-President, R. Silva de Lapuerta, M. Ileši , L. Bay Larsen, M. Berger, M. Vilaras and E. Regan, Presidents of Chambers, A.

Rosas, A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits, F. Biltgen (Rapporteur), K. Jürimäe and C. Lycourgos, Judges,

Advocate General: J. Kokott,

Registrar: M. Ferreira, Principal Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 15 March 2016,

after considering the observations submitted on behalf of:

- the Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, by C. Bayart and I. Bosmans, advocaten,

- G4S Secure Solutions NV, by S. Raets and I. Verhelst, advocaten,
the Belgian Government, by L. Van den Broeck and M. Jacobs, acting as Agents,

- the French Government, by G. de Bergues, D. Colas and R. Coesme, acting as Agents,

- the United Kingdom Government, by J. Kraehling, S. Simmons and C.R. Brodie, acting as Agents, and by A. Bates, Barrister,

- the European Commission, by G. Wils and D. Martin, acting as Agents,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 31 May 2016,

gives the following

JUDGMENT

1 This request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 2(2)(a) of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (OJ 2000 L 303, p. 16).

2 The request has been made in proceedings between Ms Samira Achbita and the Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (Centre for Equal Opportunities and Combating Racism; 'the Centrum'), and G4S Secure Solutions NV ('G4S'), a company whose registered office is in Belgium, concerning the prohibition by G4S on its employees wearing any visible signs of their political, philosophical or religious beliefs in the workplace and on engaging in any observance of those beliefs.

LEGAL CONTEXT

- *Directive 2000/78*

3 Recitals 1 and 4 of Directive 2000/78 state:
'(1) In accordance with Article 6 of the Treaty on European Union, the European Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, principles which are common to all Member States and it respects fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law.

…

(4) The right of all persons to equality before the law and protection against discrimination constitutes a universal right recognised by the Universal Declaration of Human Rights, the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, United Nations Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights and by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, to which all Member States are signatories. Convention No 111 of the International Labour Organisation (ILO) prohibits discrimination in the field of employment and occupation.'

4 Article 1 of Directive 2000/78 provides:

'The purpose of this Directive is to lay down a general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards employment and occupation, with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment.'

5 Article 2 of the directive provides:
'1. For the purposes of this Directive, the "principle of equal treatment" shall mean that there shall be no direct or indirect discrimination whatsoever on any of the grounds referred to in Article 1.

2. For the purposes of paragraph 1:

(a) direct discrimination shall be taken to occur where one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation, on any of the grounds referred to in Article 1;

(b) indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons having a particular religion or belief, a particular disability, a particular age, or a particular sexual orientation at a particular disadvantage compared with other persons unless:

(i) that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary, …

…

5. This Directive shall be without prejudice to measures laid down by national law which, in a democratic society, are necessary for public security, for the maintenance of public order and the prevention of criminal offences, for the protection of health and for the protection of the rights and freedoms of others.'

6 Article 3(1) of Directive 2000/78 states as follows:

'Within the limits of the areas of competence conferred on the Community, this Directive shall apply to all persons, as regards both the public and private sectors, including public bodies, in relation to:

…

(c) employment and working conditions, including dismissals and pay;

…'

- *Belgian law*

7 The purpose of the wet ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (Law to combat discrimination and amending the Law of 15 February 1993 establishing a Centre for Equal Opportunities and Combating Racism) of 25 February 2003 (Belgisch Staatsblad, 17 March 2003, p. 12844) was, inter alia, to implement the provisions of Directive 2000/78.

8 Article 2(1) of that law states:

'There is direct discrimination where a difference of treatment which is not objectively or reasonably justified is directly based on sex, alleged race, colour, background, national or ethnic origin, sexual orientation, marital status, birth, property, age, faith or belief, current or future state of health, disability or a physical characteristic.'

9 Article 2(2) of that law provides:

'There is indirect discrimination where an apparently neutral provision, criterion or practice, as such, has a detrimental effect on persons to whom one of the grounds of discrimination referred to in paragraph 1 applies, unless that provision, criterion or practice is objectively and reasonably justified.'

The dispute in the main proceedings and the question referred for a preliminary ruling

10 G4S is a private undertaking which provides, inter alia, reception services for customers in both the public and private sectors.

11 On 12 February 2003, Ms Achbita, a Muslim, started to work for G4S as a receptionist. She was employed by G4S under an employment contract of indefinite duration. There was at that time an unwritten rule within G4S that workers could not wear visible signs of their political, philosophical or religious beliefs in the workplace.

12 In April 2006, Ms Achbita informed her line managers that she intended, in future, to wear an Islamic headscarf during working hours.

13 In response, the management of G4S informed Ms Achbita that the wearing of a headscarf would not be tolerated because the visible wearing of political, philosophical or religious signs was contrary to G4S's position of neutrality.

14 On 12 May 2006, after a period of absence from work due to sickness, Ms Achbita notified her employer that she would be returning to work on 15 May and that she was going to wear the Islamic headscarf.

15 On 29 May 2006, the G4S works council approved an amendment to the workplace regulations, which came into force on 13 June 2006, according to which 'employees are prohibited, in the workplace, from wearing any visible signs of their political, philosophical or religious beliefs and/or from engaging in any observance of such beliefs'.

16 On 12 June 2006, Ms Achbita was dismissed on account of her continuing insistence that she wished, as a Muslim, to wear the Islamic headscarf at work. She received a severance payment equivalent to three months' salary and benefits acquired under the terms of her employment contract.

17 Following the dismissal of the action brought by Ms Achbita in the arbeidsrechtbank te Antwerpen (Labour Court, Antwerp, Belgium) against her dismissal from G4S, Ms Achbita lodged an appeal against that decision with the arbeidshof te Antwerpen (Higher Labour Court, Antwerp, Belgium). The appeal was denied on the ground, in particular, that the dismissal could not be considered unjustified since the blanket ban on wearing visible signs of political, philosophical or religious beliefs in the workplace did not give rise to direct discrimination, and no indirect discrimination or infringement of individual freedom or of freedom of religion was evident.

18 As regards the lack of direct discrimination, the arbeidshof te Antwerpen (Higher Labour Court, Antwerp) noted more specifically that it was common ground that Ms Achbita was dismissed not because of her Muslim faith but because she persisted in wishing to manifest that faith, visibly, during working hours, by wearing an Islamic headscarf. The provision of the workplace regulations infringed by Ms Achbita was of general scope in that it prohibited all workers from wearing visible signs of political,

philosophical or religious beliefs in the workplace. There was nothing to suggest that G4S had taken a more conciliatory approach towards any other employee in a comparable situation, in particular as regards a worker with different religious or philosophical beliefs who consistently refused to comply with the ban.

19 The arbeidshof te Antwerpen (Higher Labour Court, Antwerp) rejected the argument that the prohibition, within G4S, on wearing visible signs of religious or philosophical beliefs constituted in itself direct discrimination against Ms Achbita as a religious person, holding that that prohibition concerned not only the wearing of signs relating to religious beliefs but also the wearing of signs relating to philosophical beliefs, thereby complying with the criterion of protection used by Directive 2000/78, which refers to 'religion or belief'.

20 In support of her appeal on a point of law, Ms Achbita argues, in particular, that, by holding that the religious belief on which G4S's ban is based is a neutral criterion and by failing to characterise the ban as the unequal treatment of workers as between those who wear an Islamic headscarf and those who do not, on the ground that the ban does not refer to a particular religious belief and is directed to all workers, the arbeidshof te Antwerpen (Higher Labour Court, Antwerp) misconstrued the concepts of 'direct discrimination' and 'indirect discrimination' as referred to in Article 2(2) of Directive 2000/78.

21 In those circumstances, the Hof van Cassatie (Court of Cassation) decided to stay the proceedings and to refer the following question to the Court of Justice for a preliminary ruling:

'Should Article 2(2)(a) of Directive 2000/78 be interpreted as meaning that the prohibition on wearing, as a female Muslim, a headscarf at the workplace does not constitute direct discrimination where the employer's rule prohibits all employees from wearing outward signs of political, philosophical and religious beliefs at the workplace?'

CONSIDERATION OF THE QUESTION REFERRED

22 By its question, the referring court asks, in essence, whether Article 2(2)(a) of Directive 2000/78 must be interpreted as meaning that the prohibition on wearing an Islamic headscarf, which arises from an internal rule of a private undertaking imposing a blanket ban on the visible wearing of any political, philosophical or religious sign in the workplace, constitutes direct discrimination that is prohibited by that directive.

23 In the first place, under Article 1 of Directive 2000/78, the purpose of that directive is to lay down a general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards employment and occupation, with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment.

24 Article 2(1) of Directive 2000/78 states that 'the "principle of equal treatment" shall mean that there shall be no direct or indirect discrimination whatsoever on any of the grounds referred to in Article 1' of that directive. Article 2(2)(a) of the directive states that, for the purposes of Article 2(1), direct discrimination is to be taken to occur where one person is treated less favourably than another in a comparable situation, on any of the grounds, including religion, referred to in Article 1 of the directive.

25 As regards the meaning of 'religion' in Article 1 of Directive 2000/78, it should be noted that the directive does not include a definition of that term.

26 Nevertheless, the EU legislature referred, in recital 1 of Directive 2000/78, to fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed in Rome on 4 November 1950 ('the ECHR'), which provides, in Article 9, that everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion, a right which includes, in particular, freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

27 In the same recital, the EU legislature also referred to the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of EU law. Among the rights resulting from those common traditions, which have been reaffirmed in the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the Charter'), is the right to freedom of conscience and religion enshrined in Article 10(1) of the Charter. In accordance with that provision, that right includes freedom to change religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or in private, to manifest religion or belief, in worship, teaching, practice and observance. As is apparent from the explanations relating to the Charter of Fundamental Rights (OJ 2007 C 303, p. 17), the right guaranteed in Article 10(1) of the Charter corresponds to the right guaranteed in Article 9 of the ECHR and, in accordance with Article 52(3) of the Charter, has the same meaning and scope.

28 In so far as the ECHR and, subsequently, the Charter use the term 'religion' in a broad sense, in that they include in it the freedom of persons to manifest their religion, the EU legislature must be considered to have intended to take the same approach when adopting Directive 2000/78, and therefore the concept of 'religion' in Article 1 of that directive should be interpreted as covering both the forum internum, that is the fact of having a belief, and the forum externum, that is the manifestation of religious faith in public.

29 It is necessary, in the second place, to determine whether the internal rule at issue in the main proceedings gives rise to a difference in treatment of workers on the basis of their religion or their belief and, if so, whether that difference in treatment constitutes direct discrimination within the meaning of Article 2(2)(a) of Directive 2000/78.

30 In the present case, the internal rule at issue in the main proceedings refers to the wearing of visible signs of political, philosophical or religious beliefs and therefore covers any manifestation of such beliefs without distinction. The rule must, therefore, be regarded as treating all workers of the undertaking in the same way by requiring them, in a general and undifferentiated way, inter alia, to dress neutrally, which precludes the wearing of such signs.

31 It is not evident from the material in the file available to the Court that the internal rule at issue in the main proceedings was applied differently to Ms Achbita as compared to any other worker.

32 Accordingly, it must be concluded that an internal rule such as that at issue in the main proceedings does not introduce a difference of treatment that is directly based on religion or belief, for the purposes of Article 2(2)(a) of Directive 2000/78.

33 Nevertheless, according to settled case-law, the fact that the referring court's question refers to certain provisions of EU law does not mean that the Court may not provide the referring court with all the guidance on points of interpretation which may be of assistance in adjudicating on the case pending before it, whether or not that court has referred to those points in its question. It is, in this regard, for the Court of Justice to extract from all the information provided by the referring court, in particular from the grounds of the order for reference, the points of EU law which require interpretation in view of the subject matter of the dispute (see, inter alia, judgment of 12 February 2015, Oil Trading Poland, C‑349/13, EU:C:2015:84, paragraph 45 and the case-law cited).

34 In the present case, it is not inconceivable that the referring court might conclude that the internal rule at issue in the main proceedings introduces a difference of treatment that is indirectly based on religion or belief, for the purposes of Article 2(2)(b) of Directive 2000/78, if it is established — which it is for the referring court to ascertain — that the apparently neutral obligation it encompasses results, in fact, in persons adhering to a particular religion or belief being put at a particular disadvantage.

35 Under Article 2(2)(b)(i) of Directive 2000/78, such a difference of treatment does not, however, amount to indirect discrimination within the meaning of Article 2(2)(b) of the directive if it is objectively justified by a legitimate aim and if the means of achieving that aim are appropriate and necessary.

36 In that regard, it must be noted that, although it is ultimately for the national court, which has sole jurisdiction to assess the facts and to determine whether and to what extent the internal rule at issue in the main proceedings meets those requirements, the Court of Justice, which is called on to provide answers that are of use to the national court, may provide guidance, based on the file in the main proceedings and on the writ-

ten and oral observations which have been submitted to it, in order to enable the national court to give judgment in the particular case pending before it.

37 As regards, in the first place, the condition relating to the existence of a legitimate aim, it should be stated that the desire to display, in relations with both public and private sector customers, a policy of political, philosophical or religious neutrality must be considered legitimate.

38 An employer's wish to project an image of neutrality towards customers relates to the freedom to conduct a business that is recognised in Article 16 of the Charter and is, in principle, legitimate, notably where the employer involves in its pursuit of that aim only those workers who are required to come into contact with the employer's customers.

39 An interpretation to the effect that the pursuit of that aim allows, within certain limits, a restriction to be imposed on the freedom of religion is moreover, borne out by the case-law of the European Court of Human Rights in relation to Article 9 of the ECHR (judgment of the ECtHR of 15 January 2013, Eweida and Others v. United Kingdom, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, paragraph 94).

40 As regards, in the second place, the appropriateness of an internal rule such as that at issue in the main proceedings, it must be held that the fact that workers are prohibited from visibly wearing signs of political, philosophical or religious beliefs is appropriate for the purpose of ensuring that a policy of neutrality is properly applied, provided that that policy is genuinely pursued in a consistent and systematic manner (see, to that effect, judgments of 10 March 2009, Hartlauer, C‑169/07, EU:C:2009:141, paragraph 55, and of 12 January 2010, Petersen, C‑341/08, EU:C:2010:4, paragraph 53).

41 In that respect, it is for the referring court to ascertain whether G4S had, prior to Ms Achbita's dismissal, established a general and undifferentiated policy of prohibiting the visible wearing of signs of political, philosophical or religious beliefs in respect of members of its staff who come into contact with its customers.

42 As regards, in the third place, the question whether the prohibition at issue in the main proceedings was necessary, it must be determined whether the prohibition is limited to what is strictly necessary. In the present case, what must be ascertained is whether the prohibition on the visible wearing of any sign or clothing capable of being associated with a religious faith or a political or philosophical belief covers only G4S workers who interact with customers. If that is the case, the prohibition must be considered strictly necessary for the purpose of achieving the aim pursued.

43 In the present case, so far as concerns the refusal of a worker such as Ms Achbita to give up wearing an Islamic headscarf when carrying out her professional duties for G4S customers, it is for the referring court to ascertain whether, taking into account the inherent constraints to which the undertaking is subject, and without G4S being required

to take on an additional burden, it would have been possible for G4S, faced with such a refusal, to offer her a post not involving any visual contact with those customers, instead of dismissing her. It is for the referring court, having regard to all the material in the file, to take into account the interests involved in the case and to limit the restrictions on the freedoms concerned to what is strictly necessary.

44 Having regard to all of the foregoing considerations, the answer to the question put by the referring court is as follows:

- Article 2(2)(a) of Directive 2000/78 must be interpreted as meaning that the prohibition on wearing an Islamic headscarf, which arises from an internal rule of a private undertaking prohibiting the visible wearing of any political, philosophical or religious sign in the workplace, does not constitute direct discrimination based on religion or belief within the meaning of that directive.

- By contrast, such an internal rule of a private undertaking may constitute indirect discrimination within the meaning of Article 2(2)(b) of Directive 2000/78 if it is established that the apparently neutral obligation it imposes results, in fact, in persons adhering to a particular religion or belief being put at a particular disadvantage, unless it is objectively justified by a legitimate aim, such as the pursuit by the employer, in its relations with its customers, of a policy of political, philosophical and religious neutrality, and the means of achieving that aim are appropriate and necessary, which it is for the referring court to ascertain.

Costs

45 Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the referring court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Grand Chamber) hereby rules:

Article 2(2)(a) of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation must be interpreted as meaning that the prohibition on wearing an Islamic headscarf, which arises from an internal rule of a private undertaking prohibiting the visible wearing of any political, philosophical or religious sign in the workplace, does not constitute direct discrimination based on religion or belief within the meaning of that directive.

By contrast, such an internal rule of a private undertaking may constitute indirect discrimination within the meaning of Article 2(2)(b) of Directive 2000/78 if it is established that the apparently neutral obligation it imposes results, in fact, in persons adhering to a particular religion or belief being put at a particular disadvantage, unless it is objectively justified

by a legitimate aim, such as the pursuit by the employer, in its relations with its customers, of a policy of political, philosophical and religious neutrality, and the means of achieving that aim are appropriate and necessary, which it is for the referring court to ascertain.