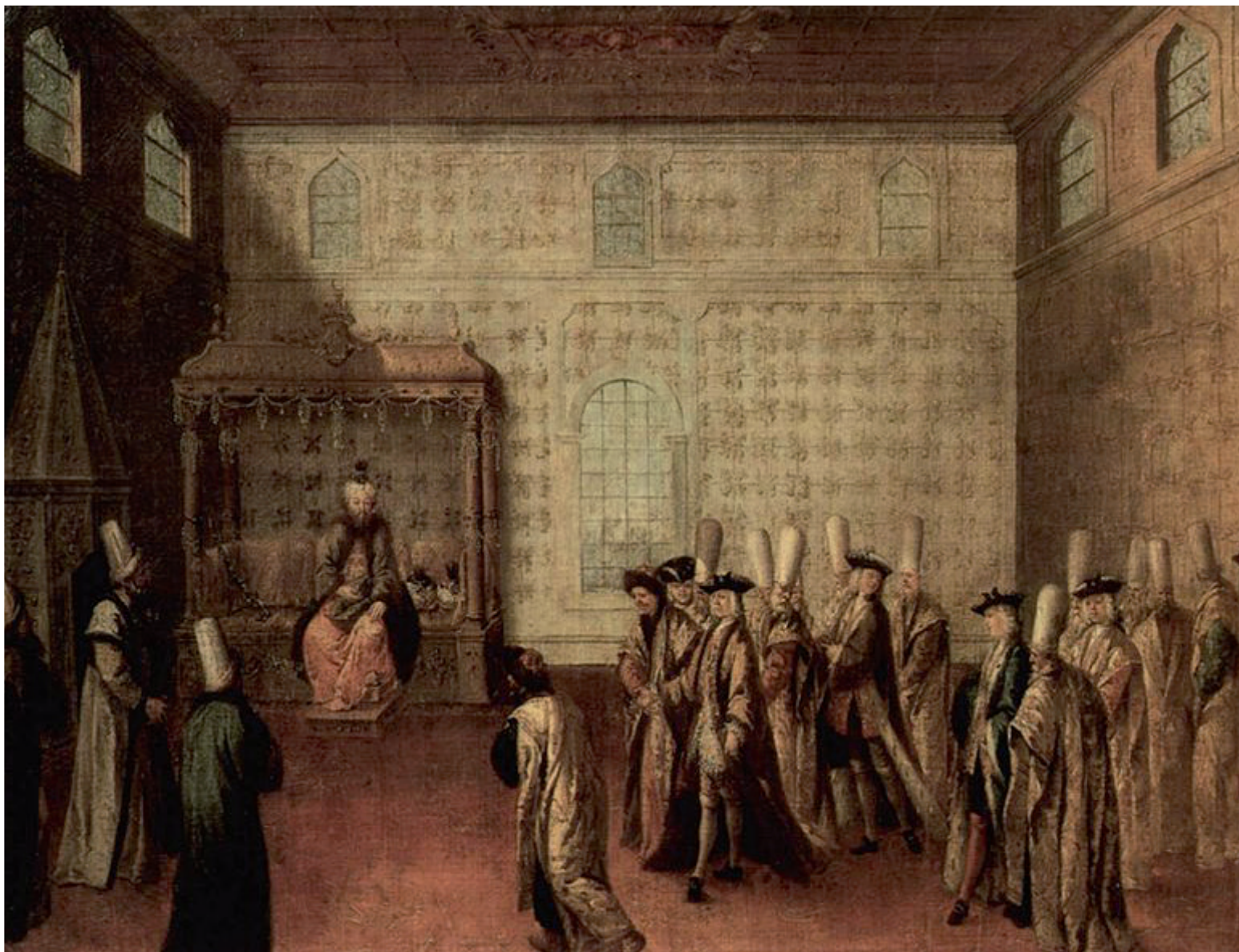




COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

a cura di Pasquale Stanzione



Anno 2017 - Volume 2

www.comparazionedirittocivile.it



Direttore

Pasquale Stanzone

Condirettore

Salvatore Sica

Comitato scientifico

Pasquale Stanzone (*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*).

Comitato di redazione

Biagio Andò (*Università degli Studi di Catania*), Domenico Apicella (*Università degli Studi di Salerno*), Antonio Astone (*Università degli Studi di Messina*), Valentina Barela (*Università degli Studi di Salerno*), Başak Başoğlu (*Istanbul Bilgi Üniversitesi*), Aura Bertoni (*Aske 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*), Valentina Cuocci (*Università degli Studi di Foggia*), Cristina Dalia (*Università degli Studi della Basilicata*), Amalia Chiara Di Landro (*Università Mediterranea di Reggio Calabria*), Vincenzo Durante (*Università degli Studi di Padova*), Giovanni Facci (*Università degli Studi di Bologna*), Rigas Giannopoulos (*Aristotle University of Thessaloniki*), Giorgia Guerra (*Università degli Studi di Padova*), 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*), Pierluigi Matera (*Università Link Campus, Roma*), Bruno Meoli (*Università degli Studi di Salerno*), Luigi Nonne (*Università degli Studi di Sassari*), Daniela Noviello (*Università Link Campus, Roma*), Annamaria Giulia Parisi (*Università degli Studi di Salerno*), Alessandra Pera (*Università degli Studi di Palermo*), Elena Poddighe (*Università degli Studi di Sassari*), Radim Polcack (*Masarykova Univerzita - Brno*), Tito Rendas (*Universidade Católica Portuguesa*), Paolo Rocca Comite Mascambruno (*Università degli Studi di Salerno*), Giacomo Rojas Elgueta (*Università degli Studi di Roma Tre*), Pieremilio Sammarco (*Università degli Studi di Roma Tre*), Mauro Serra (*Università degli Studi della Basilicata*), Giuseppe Spoto (*Università degli Studi Roma Tre*), Maria Gabriella Stanzone (*Università degli Studi di Salerno*), Andrea Stazi (*Università Europea di Roma*), Derya Tarman (*Koc Üniversitesi - Istanbul*), Maria Tommasini (*Università degli Studi di Messina*), Claudia Troisi (*Università degli Studi di Salerno*), Salvatore Vigliar (*Università degli Studi di Salerno*), Filippo Viglione (*Università degli Studi di Padova*), Giovanni Ziccardi (*Università degli Studi di Milano*).

Comitato per la valutazione



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



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

© COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE - Tutti i diritti riservati





2/2017

INDICE

DOTTRINA

Who Needs Comparative Law?

La comparazione come fonte del diritto tra scienza e conoscenza
Gabriella Autorino

Has comparative law in Italy lost its driving force?
Giovanni Pascuzzi

A chi servono i comparatisti? Diritto comprato, postdiritto e ruolo della comparazione
Alessandro Somma

Le funzioni della comparazione giuridica
Tullio Fenucci

Civil law, common law, mixed law? Le narrazioni della complessità giuridica in Louisiana
Biagio Andò

Explicit – Implicit Legal Pluralism
Elina Moustaria

Who does not need comparative law?
Ermanno Calzolaio

“Comparative law made in Taiwan”: ovvero la comparazione giuridica senza il diritto comparato
Salvatore Casabona

Per un uso politico del diritto di famiglia comparato
Fausto Caggia

STUDI E RICERCHE

I poteri ‘cognitivi’ del giudice amministrativo nel giudizio di ottemperanza per l’esecuzione delle sentenze civili in danno della pubblica amministrazione
Carlo D’Orta

Big data ed internet delle cose: quale destino per la tutela della privacy
Carlo Alberto Giusti



Profili Patrimoniali Dell'unione Civile
Olindo Lanzara

NOTE E COMMENTI

Profili problematici del contratto di convivenza nella legge n. 76/2016
Benedetta Maria Sabatino

GIURISPRUDENZA

Responsabilità sanitaria - attività medico-chirurgica - danni in materia civile
Cass. civ. sez. III, 19 maggio 2017, sent. n. 12597

“Handler” aeroportuale - responsabilità civile - qualificazione come ausiliario del vettore aereo - conseguenze risarcitorie - convenzione di montreal sulla responsabilità - applicabilità
Cass., sez. un., 20 settembre 2017, n. 21850

Donazione - trasferimento per spirito di liberalità di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli del beneficiante a quello del beneficiario - donazione indiretta donazione tipica ad esecuzione indiretta - atto pubblico
Cass. civ., Sez. Un., 27 luglio 2017, n. 18725

Mediazione - mediazione atipica - attività di procacciamento di affari – diritto alla provvigione
Cass. civ., Sez. Un. , 2 agosto 2017, n. 19161

Danno non patrimoniale - personalizzazione - liquidazione e valutazione inammissibilità duplicazione risarcitoria
Cass. civ. sez. III, 21 settembre, 2017, sent. n. 21939

Judgment of the general court (fourth chamber), 20 november 2017

Opinion Of Advocate General Bot Delivered On 30 May 2017
Case C-165/16 Toufik Lounes v. Secretary of State for the Home Department



2/2017

DOTTRINA

LA COMPARAZIONE COME FONTE DEL DIRITTO TRA SCIENZA E CONOSCENZA*

GABRIELLA AUTORINO

SOMMARIO: 1.- La conoscenza come sinonimo di confronto. Regole, presupposti e metodi della comparazione. Le controversie e i dibattiti dottrinali. Autonomia della disciplina e unitarietà dell'ordinamento. 2.- I periodi storici della comparazione. Le origini. Il rifiuto iniziale. L'attuale "pancomparatismo". Le c.d. regole del buon comparatista. La negazione del carattere di scienza: critica. Le ragioni dell'appello alla scientificità. 3.- Il secolo XIX e la vicenda delle grandi codificazioni. Analogie tra le origini e l'attualità. La "forma codice" e le ascendenze illuministiche. La forza sovversiva della "forma codice". Il dibattito sulla codificazione. Il modello italiano: dall'influenza francese al modello tedesco. Il ruolo della dottrina in Italia. 4.- Il modello inglese: il *common law* degli uomini liberi. L'origine di *case law*. Molteplicità dei sistemi in Inghilterra. Il rifiuto della codificazione. L'attività legislativa e la funzione dell'interpretazione. La crisi della comparazione. Le controversie dottrinali. 5.- Giustificazione della ricostruzione storica. La scoperta delle costanti. La forza sovversiva della comparazione. Il travolgimento dei "positivismi". Crisi del principio dell'unicità della regola giuridica. Il sistema dei formanti. Pluralità dei meccanismi di produzione del diritto. La comparazione giuridica come fonte di produzione normativa. 6.- L'attuale prevalenza dell'approccio casistico. L'affermarsi dell'essenzialità del confronto tra le esperienze. Il pericolo dell'eccessiva teorizzazione. La nozione di tradizione giuridica: le differenti visioni. La nozione in continua evoluzione. Il principio del *verum ipsum factum*. Il rifiuto della dimensione esclusivamente verticale. La valenza multidimensionale del concetto. Dai sistemi chiusi ai sistemi aperti. L'uso giurisprudenziale della comparazione. 7.- I metodi della comparazione. Attualità del ragionamento sul metodo. La visione di Carnelutti. Le vie accidentate della conoscenza. La scienza – e conoscenza – come elaborazione dei dati. Il fondamento della conoscenza sulla comparazione. Il sistema delle "permanenze". Le regole per le regole: il fondamento della validità. Interpretazione e linguaggio. La logica del diritto e il diritto in quanto vita. 7.- Collegamento tra oggetto e metodo. La comparazione come scienza composita. Il "diritto nel suo insieme" come oggetto della comparazione. Superamento del formalismo delle fonti. Gli spazi giuridici "aperti". Il ruolo attuale del comparatista. La creazione del diritto sui differenti piani. Le nuove categorie. Dal profilo economico alla persona. I problemi della "governance" e della "sovranità". Il "sentiero costituzionale" comunitario.

1. La conoscenza – o meglio il perseguimento nonché il procedimento del conoscere – è sinonimo di confronto.

In nessun aspetto dell'umana conoscenza è assente la comparazione, che essa conoscenza si rivolga al profilo quotidiano delle scelte di vita, dalle più piccole a quelle che maggiormente incidono sull'esistenza; o che appartenga invece al profilo della scienza – meglio, delle scienze, tecniche od umanistiche che siano –.

* Destinato agli *Studi in onore di Pasquale Stanzone*



Comparazione delle cose, dei fatti, dei fenomeni, delle cause, degli effetti, in considerazione di quel che si persegue; sul piano pratico o per la costruzione teorica del sapere.

È evidente che per ogni settore della conoscenza, nell'ambito dell'esistenza umana, il confronto, la comparazione, necessita di specifiche regole, presupposti, metodi, consapevoli o inconsapevoli.

Spesso inconsapevoli, nelle scelte della vita quotidiana: l'affetto più caro, l'amico migliore, la scelta della professione, quella – più elevata – della religione; le scelte minuscole sul vestiario, sul cibo, le vacanze; le opzioni drammatiche della salute, della vita e della morte.

Necessariamente consapevoli quando s'indaga nell'ambito della conoscenza scientifica, per la quale le opzioni del confronto s'inquadrano nelle categorie dell'oggetto, del metodo, degli effetti ovvero delle funzioni.

Che ciò non sia stato riconosciuto dai giuristi se non avanti nel tempo, con fatica e superando notevoli resistenze, è tanto più incomprensibile se soltanto si riflette sul fatto che il profilo giuridico, o meglio il riflesso nel mondo del diritto dell'essere e dell'agire umani, è presente per l'appunto in ogni aspetto dell'essere e dell'agire umani. Non esiste una realtà giuridica distinta e separata dalla realtà senza aggettivi: la realtà giuridica, come quella politica, sociale, economica - e via enumerando - sono tali soltanto nel senso di indicare una peculiare prospettiva da cui si guarda alla realtà una e in sé unitaria - Pietro Perlingieri -.

In verità, all'incirca dalla seconda metà del secolo scorso in poi, è consueto tra i giuristi – nonostante rilevanti eccezioni - sottolineare talvolta con entusiasmo l'opportunità, l'importanza, finanche la necessità degli studi di diritto comparato. Tali affermazioni, tuttavia, per lungo tempo sono state accompagnate dalla incertezza, dal fraintendimento, dall'ambiguità sulla esatta natura e sulla dimensione della comparazione giuridica o del diritto comparato che dir si voglia. E le due espressioni non sono affatto sinonimiche.

Voci confuse, dunque, per lungo tempo controvertono in ordine alla natura, ai metodi, alle finalità dell'indagine comparatistica. Si avverte disagio, che si fa ancor più intenso quando il ragionamento opera soprattutto a livello dommatico, spinto, in particolare, dalla preoccupazione di affermare l'«autonomia» del diritto comparato da altre discipline, quali ad esempio la storia, la filosofia del diritto o la teoria generale. Nel ripetere probabilmente l'errore compiuto per tanto tempo dalla dottrina giuridica di elevare solide barriere tra branca e branca del diritto, prima che si comprendesse e divenisse comunemente accettata la convinzione secondo cui ogni settore del diritto sopporta denominazioni o etichette soltanto per finalità descrittive o didattiche. Infatti, così come la realtà di cui ciascuno è partecipe, lo stesso ordinamento giuridico è unitario e si svolge armoniosamente in un sistema che vede l'uomo come suo fulcro, allo stesso tempo ordinatore e ordinato nel e dal diritto.

Giustamente si afferma - Pasquale Stanzone - che il giurista deve abituarsi a pensare un problema concreto in termini di globalità, cioè con tutti i riflessi e le implicazioni che ne derivano, sia di ordine sostanziale che procedurale. Il tema tendenzialmente porta ed ha condotto lontano, investendo quello della stessa formazione del giurista. La questione diventa assai più complessa quando coinvolge l'ambito assai più vasto del diritto comparato e segna varie fasi in cui il giurista entra, per così dire, in crisi d'identità e parte alla ricerca di sé stesso.

2. L'esigenza di conoscere per confronto anche nel mondo del diritto, di là dai fini pratici che si assegnano a questa particolare ricerca, sovente si afferma sia nata con l'uomo. In verità, forse i primi



accenni ad un uso consapevole della comparazione giuridica si trovano nel secolo dei lumi quando Montesquieu fa un uso sistematico degli insegnamenti tratti da legislazioni straniere nel suo “*Esprit des Lois*”, in perfetta sintonia con il cosmopolitismo del XVIII secolo. La mentalità dell’epoca in particolare è pervasa dall’aspirazione filosofica di rinvenire quel diritto naturale superiore o addirittura preordinato a tutte le leggi esistenti, rispetto al quale contingenti e transitorie; diritto naturale correlato alla ragione umana e per ciò stesso universale.

Tuttavia, questa ricerca delle nobili origini della comparazione giuridica si giustifica ed è funzionale soltanto al periodo delle polemiche e delle ostilità manifeste contro la nascente disciplina, tra gli anni cinquanta e sessanta del secolo passato. Quando si accusavano i - e tuttora taluno rimprovera ai - comparatisti di far opera velleitaria e falsificatrice, indagando sistemi che per il solo fatto di essere differenti dal proprio, già difficile da conoscere per la sua complessità, risultano in questa visione assai imperfettamente conoscibili. Anzi tale analisi - si affermava - non può essere che fonte di errori e confusione. Anche perché, si aggiungeva, il diritto di un paese - espressione di un popolo e di una cultura nazionale; patrimonio di ciascun popolo; specchio di una società - può ricevere soltanto danno dall’avvicinamento e dalla contaminazione con altri ordinamenti. Posizione talmente difficile da comprendere nel tempo attuale - della cosiddetta globalizzazione - da considerare quasi con incredulità. Ma da tenere a mente con timore, di fronte al costante ricorrere, nella storia, di tentazioni nazionalistiche.

Si è reso necessario, in un dato momento della evoluzione della disciplina, contrastare l’opinione diffusa che pretendeva di misurare i meriti della comparazione giuridica alla stregua dei benefici concreti che essa comporta. Da tempo un insegnamento ha chiarito come l’analisi comparativa si pone come scienza che opera indipendentemente da qualsivoglia vantaggio pratico che essa possa comportare. Che anzi insistere su tali aspetti conduce a negare proprio la sua natura di scienza.

Nel momento attuale siamo di fronte – soprattutto in Italia - all’esatto contrario di quanto accadeva nella prima metà del secolo XX, all’esplosione del pancomparatismo: fenomeno altrettanto pericoloso dell’atteggiamento ostile all’analisi comparata del diritto, poiché anch’esso fonte di ambiguità e confusione. Tanto da aver spinto i giuristi che maggiormente si occupano di questa disciplina a cercare di rinchiuderla in una gabbia di precondizioni e di requisiti metodologici, per delimitarne i confini ed evitare le approssimazioni velleitarie dei riferimenti agli ordinamenti stranieri non funzionali ad un’indagine che rimane e si qualifica come di diritto interno. In altre parole, non si fa comparazione aggiungendo un corpo estraneo all’indagine, costituito di indicazioni normative appartenenti ad altri diritti differenti dal proprio. Una raffinata – ma forse per qualche verso datata - compilazione di “regole” del buon comparatista prende il nome – com’è noto - di “Tesi di Trento”, una sorta di “manifesto” della comparazione giuridica steso da un gruppo di studiosi nel 1987, che si propone come veridico compendio della natura, dell’oggetto, dei metodi e scopi della comparazione giuridica e che tanta parte ha avuto nell’evoluzione della disciplina.

L’opinione da controbattere, in questo determinato momento storico, è quella che nega alla comparazione valore di scienza. Così, mentre sarebbero elevate a tale rango le discipline del diritto penale, civile, amministrativo, persino quelle internazionalistiche, in quanto tutte dotate di un oggetto autonomo e determinato rispetto al quale organizzare gli opportuni strumenti metodologici - con la finalità di offrirne una ricostruzione sistematica -, la comparazione giuridica sarebbe trasversale alle altre discipline, potendosi applicare come strumento di analisi a ciascuna di esse, con le tecniche e le metodologie adeguate alle finalità o utilità perseguite.

La particolare menzione del diritto internazionale si giustifica in quanto questo specifico settore non viene alla luce, nella sua attuale conformazione, se non nel XIX secolo. Del suo fondamento, della dimensione normativa che gli è propria, si discute assai dopo la pace di Westfalia. Per tutto il secolo dei



lumi, il riferimento normativo delle relazioni interstatuali è ancora allo *ius gentium*, al diritto di natura. Nelle nazioni europee, il diritto internazionale pubblico emerge come disciplina accademica soltanto nella seconda metà dell'Ottocento, proprio come il diritto comparato. E si legittima come disciplina nonostante non siano individuabili un settore di norme sue proprie emanate da un "superlegislatore" che le imponesse agli stati sovrani. E lo fa per l'appunto invocando, a giustificarne la forza obbligatoria, il suo carattere di scienza del diritto.

Il che è ulteriore dimostrazione di come l'appello alla scientificità sia utilizzato per legittimare gli stessi ordinamenti giuridici nel loro costituirsi moderno e investe all'epoca la questione più generale se sia concepibile lo stesso diritto in quanto scienza. Soccorre in questa ricostruzione il richiamo alla scientificità di discipline che pur non dedicandosi alla indagine di sistemi positivi di norme sono essenziali per la conoscenza in generale del fenomeno diritto: la filosofia, la storia, la teoria generale. Rimane per il diritto comparato la questione, pur appellandosi per la sua scientificità alla mera finalità della conoscenza del diritto, della sua autonomia dalle altre discipline generali, in particolare da quella che concerne la dimensione storica nonché dalla teoria generale del diritto in quanto organizzazione sistematica della conoscenza in un dato settore dello spirito umano.

Con le parole di un grande comparatista – Rodolfo Sacco -: «la filosofia suggerisce al diritto modelli: la libertà, l'eguaglianza, lo stato di diritto. Non si rivolge al legislatore che deve tradurre in norme tali valori ma al teorico del diritto che funge da mediatore. Il giurista si rivolge al filosofo perché gli insegni il modello valido, lo *ius unum*. Si rivolge allo storico perché attraverso la ricognizione storica individui il modello unico insuperabile di diritto, ancora una volta lo *ius unum*. In tempi più recenti successivi all'illuminismo si rivolge all'economista che in veste di filosofo suggerisce modelli al giurista: anche questa disciplina viene ammessa alla base della formazione del giurista anche se trasformandosi prima nello studio del fattore economico, poi in quello dell'allocazione delle risorse. Al contrario, il comparatista non ha affatto una visione del diritto come di un *unum*. Ha una visione pluralista. È nel pluralismo la ricchezza del diritto: la comparazione mette a confronto le esperienze diverse, misura le distanze tra un sistema e l'altro, tra una soluzione e l'altra ed è questa la sua ricchezza».

3. Non è senza ragione che la seconda metà dell'Ottocento è l'epoca in cui la comparazione giuridica si affranca dai limiti dell'approssimazione e del diletterismo e inizia il suo cammino come disciplina dagli specifici contorni, coltivata da giuristi "professionisti" del comparato, insegnata negli atenei, parte essenziale della formazione del giurista.

Vari sono i fattori che promuovono tale evoluzione. Nel secolo XIX si mettono a punto ampi settori del diritto positivo attraverso la grande vicenda della codificazione.

Quel che intriga, riandando alle origini della scienza comparatistica moderna, è la fiducia nella tecnologia e nelle comunicazioni intesa come terreno fertile per la nascita della comparazione nonché gli obbiettivi "globali" che essa si propone.

Come un cerchio che si chiude, per lasciare spazio a una nuova vicenda più complessa e più conflittuale, l'analisi delle origini della comparazione con la fase attuale della nostra vita giuridica, sotto l'impulso delle immense conquiste della tecnica e della scienza, in nome di una dimensione transnazionale che travalica di molto quella del mercato, sta nel fatto che i comparatisti vanno in cerca di un diritto comune a dimensione tendenzialmente universale per rispondere alle esigenze poste dalla "globalizzazione".



Non vi è peraltro contraddizione con l'importanza che si attribuisce, nella storia della disciplina, alla vicenda delle grandi codificazioni.

La forma «codice» - per utilizzare l'espressione cara a Pietro Rescigno - nasce storicamente come elaborazione di un sistema organico di regole giuridiche nello specifico settore del diritto privato, cioè quello che, disciplinando le relazioni giuridiche tra i cittadini, più agevolmente sfugge alla volontà discrezionale del sovrano. Questa, nell'epoca precedente all'affermarsi dello Stato di diritto, domina il campo assegnato invece ai rapporti tra il cittadino e lo Stato.

La forma «codice» nasce dunque tesa a suffragare l'eguaglianza dei cittadini, perseguire la rimozione delle aree di diritto singolare, costituire riparo dall'arbitrio dei poteri, nell'idea della tripartizione tra legislativo, giudiziario ed esecutivo di montesquieiana memoria.

I suoi antecedenti si rinvergono, com'è noto, nel pensiero giuridico della prima metà del XVIII secolo, che, nel sostenere con forza la necessità della chiarezza della legge, della sua applicazione uniforme, dell'assenza di ambiguità del suo dettato, spinge prima alle consolidazioni, successivamente alla codificazione. Da questo secolo, infatti, l'Europa è in fermento per l'emanazione delle costituzioni e per l'elaborazione dei primi codici.

Il codice ottocentesco costituisce un reale sovvertimento rispetto al precedente sistema normativo, e i diversi codici che man mano appaiono dopo il Code Napoléon configurano risposte adeguate alle esigenze e alle richieste di rinnovamento giuridico che provengono dai gruppi sociali economicamente e politicamente rilevanti. E tuttavia il dibattito sulla opportunità di codificare il diritto di una nazione, cristallizzandolo e imponendolo a tutti gli strati della popolazione, è vivace soprattutto in Germania e presto dal continente varca il canale della Manica per coinvolgere i giuristi inglesi.

Per quanto concerne la Germania, è celebre la polemica fra von Savigny e Thibaut sull'opportunità oppur no di redigere un codice di diritto civile uniforme per l'intero territorio tedesco. La necessità di una codificazione riformatrice dell'intero diritto civile è sostenuta con vigore da Thibaut nel pamphlet apparso nel 1814 intitolato "Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Recht für Deutschland". Sono necessarie a tal fine due precondizioni: la perfezione sia della forma sia del contenuto di tale opera legislativa, poiché in modo chiaro e inequivocabile si provveda a creare un "ordinamento adeguato delle istituzioni civili, conforme alle esigenze dei sudditi".

Von Savigny risponde con il saggio "Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", anch'esso del 1814, nel quale rifiuta la sistemazione del diritto, e in particolare del diritto civile, in codice. Per Savigny la fonte più rilevante di diritto risiede nella stessa scienza giuridica, che sia tuttavia "in progresso organico" e che possa essere comune all'intera nazione. Questa visione prevale per tutto il XIX secolo, che vede la Pandettistica svolgere la funzione di fonte del diritto fino alla promulgazione del BGB, che peraltro è figlio e si legittima nel nome della Rechtswissenschaft, dunque in base all'autorevolezza dei Doctores - del "Professorat".

Delle caratteristiche proprie di ciascun codice civile che appare nell'Ottocento non si può discutere in questa sede. Basti ricordare che nel XIX secolo molti paesi della tradizione di civil law adottano codici, abbracciando almeno nella forma il modello francese. In particolare, fedeli al modello prestigioso si dimostrano il codice civile italiano del 1865 e il codice civile spagnolo del 1889. Il secondo esporterà il modello di là dall'oceano in gran parte dell'area latinoamericana. In tutti questi paesi, in particolare in Francia e Germania, si verificano le precondizioni della codificazione, ovvero quegli accadimenti che servono ad assicurare la nascita di un codice originale, e cioè: un potere centrale risoluto a superare le resistenze future dei giuristi intrinsecamente conservatori; il favore verso regole d'insieme non casisti-



che, non provvisorie, non frammentarie; l'avvenuta elaborazione di tali regole e la loro organizzazione in sistema da parte di una dottrina concorde e autorevole.

In Italia, Napoleone provvide ad estendere ai territori occupati la vigenza dei codici francesi. Questi non vennero travolti dalla restaurazione anzi costituirono il modello per i codici che via via s'introducevano nelle diverse regioni italiane, tranne che nel Lombardo Veneto, dove vigeva l'ABGB austriaco, mentre nel Granducato di Toscana e nello Stato Pontificio trovava ancora applicazione il diritto comune accanto alle compilazioni e ai provvedimenti legislativi emanati dalle competenti autorità.

Il Codice albertino del 1861 riproduceva in gran parte quello francese. Naturalmente il Codice civile unitario del 1865 si trova ad essere di chiara derivazione napoleonica, con una rilevante eccezione, tuttavia, che ne fa un modello in parte originale. Esso, infatti, contiene una parte introduttiva in tema di diritto internazionale privato fortemente voluta da Pasquale Stanislao Mancini. Per il resto, la rispondenza al modello francese è tale da accogliere al suo interno le elaborazioni giurisprudenziali che nel frattempo si erano originate in Francia, ad esempio quelle relative alle associazioni e in generale alle comunità intermedie, la cui disciplina era assente nel testo originario del codice civile dei francesi. D'altro canto, nel diciannovesimo secolo la dottrina italiana è tributaria di quella francese, recependo e facendo proprie teorie quali quella sull'abuso del diritto e sulla funzione sociale della proprietà, formulate per la prima volta in Francia da Duguit e Josserand. Stessa sorte toccava alla giurisprudenza francese, attentamente considerata dalla dottrina italiana, tanto da essere il tramite della penetrazione in Italia della teoria dell'apparenza e dell'arricchimento *sine causa*, entrambi istituti di creazione giurisprudenziale in Francia.

Soltanto con l'apparire del XX secolo l'influenza del modello francese cede il passo, per buona parte, a quello tedesco. Vittorio Scialoja traduce l'intero Sistema del diritto romano attuale di von Savigny. Fadda e Bensa traducono con ampie note di commento l'opera di Windscheid. Altri autori tedeschi vengono tradotti da giuristi italiani nel medesimo periodo, ovviando in tal modo all'ostacolo della lingua assai meno conosciuta in Italia rispetto a quella francese. Si giunge così all'affermazione, a partire dagli anni venti e trenta del novecento, della scuola neosistemica che trova espressione nella migliore civilistica italiana, da F. Ferrara senior a G. Messina, in seguito con Salvatore Pugliatti ed Emilio Betti, da Carnelutti fino a Francesco Santoro Passarelli: si cercava una ricostruzione del sistema armoniosa e coerente che potesse, con le parole di Francesco Ferrara, «ordinare il diritto positivo in un tutto sistematico, in cui ogni...concetto serve di base ad una serie di applicazioni, le nozioni più lontane si avvicinano e si illuminano del contatto, in cui cioè il diritto positivo ci appare come un organismo giuridico, strutturalmente e funzionalmente». Si facevano proprie moltissime delle figure dommatiche elaborate dalla dottrina tedesca, dal negozio giuridico – *Rechtsgeschäft* – alla nozione di fattispecie – *Tatbestand* –, a quella di presupposizione – *Voraussetzung* –. Rimane estranea, così, la dottrina italiana alle tendenze antiformalistiche e realiste che si andavano diffondendo in Europa e negli Stati Uniti di America sin dalla fine del diciannovesimo secolo. Tullio Ascarelli, allontanatosi dall'Italia fascista per motivi razziali, esercita la sua magistrale docenza soprattutto in Brasile, scrivendo altresì di diritto comparato, con una lucida teorizzazione della necessità di indagare il diritto vivente in un determinato Paese e non quello declamato - in the books - dai codici e dalle leggi

La nuova codificazione del 1942, dunque, si mostra fortemente tributaria dei modelli offerti dalla dottrina – e dalla giurisprudenza – tedesche. Permane, ovviamente, molto del modello francese. Ma ciò che occorre sottolineare è che i maestri che contribuirono alla nuova codificazione erano decisi a tenere separati le esigenze del diritto da quelle della politica. Il che spiega come il nostro codice civile, nonostante sia stato elaborato nell'intervallo tra le due guerre, abbia concesso pochissimo all'ideologia fascista allora imperante.



Si traccia così la prima grande differenza tra diritto inglese e diritti dell'Europa continentale, l'uno appartenente all'area del diritto non scritto, o meglio giurisprudenziale, casistico o rimediale che dir si voglia; i secondi rigorosamente inclusi, alle origini e per lungo tempo, nell'area del diritto scritto, altresì di produzione legislativa.

4. E' osservazione comune che soltanto in Inghilterra, soprattutto a partire dalla occupazione normanna del 1066, da parte di Guglielmo il Conquistatore, inizia la creazione di un sistema giuridico nazionale essenzialmente inglese, applicato da tribunali inglesi, sviluppato da giudici, re e parlamentari inglesi, e conservato nei tipici annuari inglesi, i law reports e i trattati. Al contrario, nel resto d'Europa alla fine del medioevo il diritto romano, trasformandosi in diritto comune, si sostituisce alle consuetudini locali, con successo inversamente proporzionale alla vitalità di esse. Il latino diviene la lingua del diritto nell'Europa continentale; al contrario in Inghilterra si assiste a un originale fenomeno, ovvero la creazione di una lingua specifica per il diritto, un linguaggio arcaico, portato dagli invasori normanni ma ben diverso dal francese parlato nel continente. Idioma che prende il nome di *Law French* e che può essere compreso soltanto da una minoranza colta e dai tecnici del diritto.

Questo diritto, di natura consuetudinaria, diviene comune all'intero paese, per l'appunto il *common law* degli uomini liberi d'Inghilterra, coloro i quali, cioè, ricadessero sotto la giurisdizione diretta dei tribunali reali centrali. Esso, non formulato in testi scritti e definitivi, si pone come diritto dichiarato quando e come se ne ravvisi la necessità, funzionale alla risoluzione di una controversia. Nasce dunque essenzialmente come *case law*, per di più assolutamente nazionale - soltanto assai più tardi cosmopolita, in seguito all'esportazione nelle colonie inglesi -. È innegabile che questa sia la caratteristica essenziale del *common law*, come è innegabile che non essendo nato da formulazioni normative assolute e generali nonché dotate di sanzioni nell'ipotesi di loro violazione, diventassero essenziali per il dire e dare giustizia le disposizioni dettate dai giudici nei casi particolari, poiché attraverso esse viene dichiarato il diritto.

E tuttavia questo sistema di diritto non è l'unico conosciuto in Inghilterra. Infatti, i tribunali ecclesiastici applicavano il diritto canonico della Chiesa di Roma, anche se con le modificazioni derivanti dalle consuetudini rispettate dalla Chiesa anglicana. Inoltre, la *Court of Chancery*, creata nel XIV secolo e che sviluppa l'importante giurisprudenza di *equity*, destinata a diventare un autonomo *corpus* normativo, non applicava il *common law* e per di più adoperava regole procedurali assai più vicine a quelle del modello romano-canonico che a quelle seguite dalle corti di *common law*. Anche la Corte dell'Ammiragliato (*Court of Admiralty*) si distaccava dal *common law* per adoperare nelle sue decisioni regole di diritto comune continentale. D'altro canto l'Inghilterra non si chiuse mai interamente all'influenza del diritto romano, se si pensa che nelle università di Oxford e Cambridge, le uniche esistenti per molto tempo in Inghilterra, il diritto romano e il diritto canonico s'insegnavano ai futuri vescovi e ai futuri diplomatici.

Ciò nonostante, il diritto in Inghilterra è percepito coincidente con la consuetudine immemorabile del regno che riposa nel petto dei giudici. Esso è e rimane nel corso dei secoli patrimonio nazionale, tanto connaturale alla nazione da non potersi, per un inglese, rappresentare altro modo di essere diritto. Ne sono logiche conseguenze l'affermazione, già in via di principio, quando si accende il dibattito, della impossibilità di farsi contaminare da modelli "stranieri", in particolare di origine romanistica, e il rifiuto di addivenire a qualsivoglia forma di codificazione. Neanche l'eloquenza di Bentham in difesa dell'opportunità, anche in Inghilterra, di una codificazione e un tentativo, alla fine dell'Ottocento, mai giunto all'esame del Parlamento, della formulazione di un codice di diritto penale pervennero ad alterare tali convincimenti.

Non vi è dubbio che in Inghilterra accanto alla dottrina del precedente vincolante, che con forza coercitiva assai varia nel corso dei secoli impone al giudice di adeguare le proprie decisioni a quelle



già deliberate da sé medesimi o da una corte superiore - e che necessitava altresì di un sistema affidabile di documentazione delle sentenze emanate, cosa che si verificò con completezza soltanto nel XIX secolo - si sviluppava nel corso dei secoli anche un' imponente attività legislativa prima regia e poi parlamentare. Nonostante il rifiuto di procedere per principi generali e astratti, la necessità di legiferare per introdurre norme nuove o comunque diverse da quelle di origine giurisprudenziale divenne un fatto assodato soprattutto quando, in epoca Tudor, il Parlamento si investì di tale funzione. Da questo momento in poi si ritiene esordisca in Inghilterra la legislazione in senso moderno. Tanto più che all'iniziale riottosità dei giudici di vedersi coartare nella loro funzione di dichiarare il diritto dalla volontà del Parlamento, si sostituisce man mano la convinzione di dover applicare la legge in modo tale da attuare la volontà del legislatore. Questo atteggiamento è mitigato dalla creazione giurisprudenziale di regole interpretative atte ad individuare, per l'appunto, il contenuto della volontà del legislatore; e modificarlo quando ciò occorresse, ma sempre nel rispetto degli scopi e delle finalità perseguite attraverso l'atto legislativo. D'altro canto, la dottrina del precedente è applicabile tanto al diritto legislativo quanto a quello giurisprudenziale e in tal modo si giunge ad imporre alle corti inferiori il significato attribuito alla legge dalla corte superiore.

La grande crisi economica e sociale in America e in Europa e l'affermarsi nella seconda dei regimi nazionalisti e autoritari compromettono ben presto l'andamento degli studi comparatistici. Emblematico è quanto succede in Germania, dove il codice civile viene preso ben presto di mira dal Partito nazional-socialista, che intraprende addirittura la stesura, abortita, di un nuovo codice, significativamente chiamato "Codice del popolo" - *Volksgesetzbuch* -. Si rimprovera al BGB la sua impronta romanistica, tanto da definirlo come un prodotto del "diritto straniero"; per di più di essere un diritto colto, comprensibile soltanto per i giuristi, estraneo allo spirito e alla morale nazista. Al contrario, il diritto - ben lontano in questa visione dall'essere scienza - doveva piegarsi agli scopi politici delineati dall'autorità, per l'appunto, politica: tra i giuristi di fede nazista sorge e si afferma l'idea che il diritto romano e il diritto comune avessero avuto la conseguenza disastrosa di sopraffare la tradizione giuridica frutto della vera cultura tedesca.

Dal canto suo, e significativamente, la Russia sovietica si separa e si chiude all'Europa occidentale. Anche in Italia e negli altri Paesi in cui man mano si affermano i regimi autoritari si predica il ritorno alla cultura nazionale autoctona e il rigetto dell'influenza dei diritti stranieri. Con lo scoppio del secondo conflitto mondiale il diritto comparato entra nel buio più fitto.

La fine del secondo conflitto mondiale vede perdurare la crisi del comparatismo e dei comparatisti. Il che è conseguenza soprattutto del clima di sospetto e di ostilità tra i due blocchi contrapposti, del diritto socialista, da un lato, che abbraccia l'Unione sovietica e i suoi paesi satelliti; e quello del diritto "borghese", dall'altro, dei paesi c.d. occidentali.

Negli anni cinquanta del secolo scorso, in Europa procede faticosamente la ricostruzione materiale e morale delle popolazioni e delle società uscite dal secondo conflitto mondiale. I giuristi "occidentali" faticano a riconoscere non soltanto l'autonomia e la novità, ma addirittura la legittimità del nuovo sistema di diritto che assume il nome di diritto socialista. La teoria dell'affievolimento del diritto, inteso come sovrastruttura destinata a scomparire quando la società socialista, finalmente realizzata, avrà abolito lo sfruttamento dell'uomo sull'uomo. Lo stravolgimento del principio di legalità, che nel diritto socialista capovolge il rapporto di forza della legge rispetto alle determinazioni e agli atti del potere esecutivo, espressione di quello politico, e così facendo snatura il principio della reciproca indipendenza dei tre poteri legislativo, giurisprudenziale ed esecutivo, in favore di quest'ultimo; il fenomeno della "relativizzazione" delle categorie giuridiche, la quale fa sì che i tradizionali istituti, agendo in una diversa struttura economico-sociale, conservino il proprio nome ma mutino completamente il contenuto e la funzione; tutte queste situazioni producono sconcerto e diffidenza in Occidente. La diffidenza e l'ostilità



sono ancora maggiori, in particolare durante il periodo passato alla storia come “guerra fredda”, tra i giuristi dell’Europa orientale, che nella comparazione giuridica vedono una minaccia di contaminazione da respingere con forza. Così, la terza fase della comparazione giuridica, nel periodo temporale che inizia dalla seconda metà del Novecento e si protrae fino agli anni settanta – ma via via attenuandosi – s’identifica nella netta contrapposizione tra il diritto dei paesi c. d. capitalistici e quello dei Paesi che appartengono all’area dell’ideologia leninista-marxista.

Dunque, se nella seconda fase l’antitesi si poneva tra *civil law* e *common law*, in questo periodo si contrappongono diritto occidentale e diritto socialista. Inoltre si fa strada un’ulteriore consapevolezza: con la decolonializzazione appaiono nuovi sistemi e nuovi ordinamenti che non si sa bene dove collocare, in un’ideale asse Nord-Sud. Si accentuano, in questi anni le controversie dottrinali sulla natura, sul contenuto e sui metodi della comparazione giuridica.

5. Come si vede, non è esercizio inutile ricostruire, sia pure in modo così rapido e incompleto, la incerta, talvolta incoerente ma sempre splendidamente complessa vicenda di ciò che noi chiamiamo comparazione giuridica. Poiché si scopre l’esistenza di una costante: fin dalle origini essa rilegge, rimiscola, scompone e in un certo senso stravolge e distrugge ordini fin ad allora indiscussi e indiscutibili.

Nei tempi recenti è dato imbattersi assai di frequente nell’affermazione della natura sovversiva della comparazione giuridica. Infatti, la comparazione come strumento e fonte di conoscenza critica del diritto travolge necessariamente l’ordine prodotto da coloro i quali ricostruiscono il fenomeno secondo i canoni dell’ortodossia teorica, di frequente legati ai lasciti del giuspositivismo fiorentino nel secolo passato, ma ancora al giorno d’oggi potente tra i giuristi di diritto interno. Il fascino del diritto posto e dunque positivo, che s’intenda figlio dell’illuminismo, che esalta il ruolo del legislatore e tende a identificare il diritto con la legge; o che si preferisca discendente dal positivismo scientifico che attribuisce alla dottrina legittimazione esclusiva a interpretare lo spirito di un popolo e ricostruire un ordinamento giuridico sapienziale, che si tenda all’una o all’altra dimensione del diritto positivo, questo riemerge sempre come inespressa tendenza a circoscrivere la dimensione giuridica alle norme poste dall’autorità a ciò legittimata, da applicare e far rispettare.

Giustamente si sottolinea da più parti come positivismo legislativo e positivismo scientifico sono tuttora - anche se spesso negato o inespresso - il costume mentale dei cultori del diritto interno, per i quali vale esclusivamente il principio dell’unicità della regola del diritto, intimamente connesso con quello ulteriore della necessaria completezza dell’ordinamento giuridico, per principio esente da lacune, di per sé armonioso e coerente in tutte le sue parti e partizioni.

L’approccio critico al problema, proprio del diritto comparato, che tanto deve alla magistrale ricostruzione di Rodolfo Sacco nell’elaborazione teorica delle metodologie d’indagine, scardina tale “luogo comune” della dimensione giuridica; luogo che non diventa più fruibile né dal comparatista né tanto meno dal giurista di diritto interno. L’individuazione del sistema dei formanti di un ordinamento giuridico, che, lungi dal contrapporsi al sistema delle fonti, lo affianca e lo colloca in una diversa dimensione, attribuendogli una distinta funzione, rende inutilizzabile il principio di non contraddizione nell’ambito della ricerca scientifica.

Nella visione sacchiana, i principali formanti di un ordinamento giuridico possono individuarsi nel formante legislativo, in quello giurisprudenziale e in quello dottrinale. Il primo proviene dalla individuazione della regola emanata dall’autorità legislativa di un determinato Stato o territorio di applicazione della medesima. Territorio che può essere individuato a sua volta da coordinate geografiche, unite ad ulteriori criteri di imputazione, oppure da indici svincolati dalla necessaria esistenza di coordinate geo-



grafiche: si pensi ad esempio alle regole emanate dagli organismi comunitari a ciò demandati. Il secondo consiste nell'applicazione da parte dell'autorità giudiziaria di un determinato Stato o territorio come dianzi specificato. Il terzo, svincolato da appartenenza a Stati o territori d'influenza risiede nella lettura sapienziale di quella regola con la conseguente collocazione nell'ambito di uno specifico ordinamento giuridico.

Ebbene, afferma Sacco, e con lui la maggioranza dei cultori del diritto comparato, mentre è esperienza comune che spesso questi tre formanti divergono in tutto o in parte tra di loro, il giurista di diritto interno tende a negare che ciò possa avvenire, o meglio ritiene che, rispetto alla norma posta, dottrina o giurisprudenza incorrano in un errore in quanto una e una soltanto può essere la lettura esatta. Ma lettura esatta rispetto a cosa? E qui il ragionamento si complica di molto, poiché interviene prepotente con i suoi strumenti e le sue dottrine l'interpretazione giuridica, in quanto diretta a individuare il contenuto della norma e dunque a delimitarne l'esistenza. E si moltiplicano le risposte.

Lettura esatta rispetto all'armonia e alla coerenza dell'ordinamento giuridico, reso tale – armonico e coerente – dal rispetto dei principi generali che lo informano in quanto “basici”, cioè fondamentali e irrinunziabili: questa è la risposta del «positivista illuminato».

Esatta rispetto alla volontà del legislatore, a sua volta ricostruibile secondo i dettati della teoria dell'interpretazione: è la risposta del positivista puro.

Nell'un caso e nell'altro il ragionamento è applicabile soltanto all'interno del proprio diritto ed è tipica del giurista occidentale, in particolare di *civil law*, ovvero di diritto scritto.

Il giurista che si pone nell'ottica della comparazione si limita invece ad affermare che il principio di non contraddizione tra i tre formanti semplicemente non è configurabile o proponibile, meglio, semplicemente non esiste.

E non perché, com'è nell'ottica sacchiana, la comparazione, come la storia, deve limitarsi a registrare – questa volta in senso orizzontale, nello spazio, e non verticale, nel tempo (ma una cosa non esclude l'altra, nel susseguirsi dei passaggi di tempo) – proprio le eventuali contraddizioni tra i formanti, attraverso cui individuare quale regola è «effettivamente» vigente in un dato ordinamento e in un dato tempo storico; ma soprattutto perché è merito della comparazione giuridica aver chiarito una volta per tutte che non è individuabile in nessun tempo e in nessun luogo un unico meccanismo di produzione del diritto, di là dal sistema delle fonti normative che vige formalmente in un determinato ordinamento. È per l'appunto compito del giurista, che sia comparatista o sia «municipale», individuare, o meglio ricostruire la norma che, quale che sia la sua fonte e il meccanismo di produzione, si applica nel momento storico individuato a un determinato caso umano.

Se questo è vero, diventa assai importante sottolineare le contraddizioni tra i formanti, ricostruire se e come il legislatore abbia avuto ben chiaro il risultato che intendeva ottenere emanando una certa disposizione. Se essa invece non coincida e riceva una o più declinazioni negli altri formanti; come avvenga che la giurisprudenza ribalti, trasformi in tutto o in parte o addirittura dia vita ad una regola propria nella soluzione di una controversia. E quale sia in questo processo il ruolo svolto dalla dottrina. Se e in quale misura questo fenomeno si traduca in una mutazione giuridica e da quale formante essa derivi.

In questa prospettiva, teoria dei formanti e teoria delle fonti tendono a convergere ed emerge con cristallina evidenza che non ha più molto senso, se non a scopo descrittivo, didattico, distinguere tra fonti di produzione formali e non formali del diritto. Come pure, portando a compimento l'impeto



rivoluzionario del comparato, si ottiene la prova provata dell'impossibilità di identificare il diritto con la legge, consegnando tale distinzione agli archivi della storia.

Nel momento attuale dell'esistenza dell'uomo le fonti di produzione normativa si moltiplicano e si affiancano l'una all'altra nella propria dimensione di effettività e una di esse appare essere per l'appunto la comparazione giuridica. Di quest'ultima affermazione si tenterà di dar conto, con riferimento, ovviamente, ai paesi che nel momento attuale si riconducono nell'ambito della tradizione giuridica occidentale.

6. Non sono poi così lontani i tempi in cui i giuristi di diritto interno guardavano con altero disdegno, con sarcasmo o, nella migliore delle ipotesi, con benevolo divertimento allo sforzo di quei folli che, rivendicando uno spazio autonomo di rilevanza, discettevano di diritto comparato. E si chiudevano porte di prestigiosi atenei; si lanciavano accuse di diletterismo accademico, rivolte a chi, pretendendo di comparare, dimostrava di non conoscere - in questa provinciale lettura - né il proprio diritto né il diritto altrui. Figli di un dio minore, allora. Ma oggi?

Oggi, si può affermare con orgoglio, i comparatisti si mostrano protagonisti indiscussi della scena del diritto. Che poi ciò non si traduca in una effettiva incidenza sulla politica accademica, è cosa diversa e in un certo senso di poco momento.

Per un comparatista della mia generazione, infatti, è motivo di profonda soddisfazione prendere atto del fatto che non soltanto prevale ovunque, nell'analisi delle discipline positive, l'approccio casistico e non dommatico dell'interprete, cioè proprio quello così connaturale al giurista di diritto comparato, che contestualizza, situa non soltanto nelle circostanze del caso concreto, ma soprattutto all'interno della lettura attualizzata della normativa, la ricerca della regola applicabile. Da un lato.

Dall'altro, l'evidenza che nessuna ricerca, nessuna analisi giuridica oggi prescinde, indipendentemente dal settore disciplinare in cui essa si colloca, dal confronto con il diritto di ordinamenti differenti dal proprio.

Quale immane contributo ha dato la comparazione all'evoluzione della scienza giuridica.

Quest'ansia d'interrogarsi, di mettersi continuamente in discussione, la curiosità come molla dell'indagine, fanno sì che ci si crei continuamente dei «tarli» mentali. Anche se questi rischiano, talvolta, di spostare l'attenzione dalla vita, meglio dai problemi della vita, alla teorizzazione della stessa, e dunque condurre all'astrazione dai problemi.

Ne fa prova, ad esempio, il dibattito mai sopito sulla nozione di tradizione giuridica e in particolare di tradizione giuridica occidentale.

La nozione, com'è noto, proviene dagli studiosi di *common law*, ma in una accezione assai differente da quella che assume nei sistemi europei continentali.

Da Maitland a Gorla, «history involves comparison», e «comparison involves history». Nel mondo di *common law* il diritto come prodotto della cultura di un popolo è funzionale al mantenimento e allo sviluppo di un sistema aperto, in cui la circolazione sovranazionale delle soluzioni elaborate dalla prassi applicativa è considerata non soltanto normale ma anche slegata da una nozione statalista dell'ordinamento.

Giustamente si sottolinea come le costruzioni prodotte nell'area di *common law* fanno riferimento al diritto come parte di una vicenda intellettuale valutata prevalentemente sotto il profilo del suo svilup-



po nel tempo piuttosto che nello spazio. Sì che nella prospettiva della tradizione giuridica le specifiche regole, sui contratti, sulla responsabilità, sui reati, non sono «tradizione», ma il riflesso di essa in quanto insieme di attitudini circa la natura del diritto, il ruolo di questo nella società, l'organizzazione e il funzionamento di un sistema giuridico e via enumerando.

Ovvero, nella prospettiva della tradizione giuridica il diritto è cultura, meglio è espressione parziale di una determinata cultura.

Questa efficace ricostruzione, che svincola il diritto dalla volontà del principe o comunque di un legislatore onnipotente, ben poteva ed è stata da taluno letta nel senso di rinchiudere nuovamente il diritto nei ristretti confini di una dimensione nazionale della stessa nozione di cultura. Ma la forza della vita è assai più potente di qualsiasi ideologia, soprattutto quando si richiama la cultura nazionale ogni volta per contrastare l'evoluzione di una vicenda giuridica, di un istituto, di una regola già segnata dalla storia, come naturale portato della tradizione giuridica in cui ci si colloca. Perché anche la nozione di tradizione è in continua evoluzione, poiché segna l'esistenza dell'uomo e dall'esistenza umana è segnata - Paolo Grossi *docet* -.

Uno dei meriti maggiori della comparatistica, e della comparatistica italiana in particolare, è di aver esaltato la sua valenza antidogmatica attraverso il richiamo al principio del *verum ipsum factum* - G. B. Vico -. L'amore per la complessità, quanto prezioso nei tempi nefandi dell'eccessivo amore per la semplificazione, porta all'interrogativo se esistano realmente verità storica e verità comparatistica obiettivamente accertabili. Anche per questo molto intriganti sembrano, ad esempio, le sfide che pone la ricerca delle interferenze tra il profilo giuridico e quelli della lingua, della letteratura e del patrimonio culturale in generale. Il movimento su diritto e letteratura, nella duplice accezione del diritto *nella* letteratura e del diritto *come* letteratura, è stato osservato con grande attenzione dai cultori delle scuole comparatistiche italiane, che, forse anche in virtù di un'antica frequentazione dei testi di Benjamin Cardozo, James Boyd White, Ronald Dworkin e di tanti altri, sono approdati per primi a questo nuovo terreno di ricerca.

Ma non è questo il punto. È indubitabile che ogni ricostruzione del passato non sfugge ai condizionamenti del presente cui essa è funzionale.

Un errore particolarmente pernicioso per il giurista cultore del diritto comparato non è soltanto quello di descrivere il diritto come fenomeno radicato, al pari della lingua, nelle tradizioni locali, ma anche e soprattutto quello di ricondurre l'analisi comparatistica a una dimensione squisitamente verticale: l'uso della nozione di esperienza giuridica - coincidente con quella di tradizione - che fanno ad esempio i romanisti e gli storici del diritto. Sono tuttora in auge i riferimenti al diritto romano in chiave attualista, soprattutto da parte dei fautori della comparazione retrospettiva o studio storico del diritto comparato, che la intendono spesso come «bonne a tout faire».

Dalla nozione di tradizione giuridica, in quanto veicolo per ricondurre il diritto alla cultura, scaturiscono ben altre conseguenze. Soprattutto se si tien conto del fatto che si è di fronte a una nozione per così dire multidimensionale o meglio a valenza multidimensionale.

La vera ragione della sua vitalità non è tanto nel fatto di separare culture profondamente differenti (per esempio quella musulmana da quella occidentale); mentre in precedenza serviva a superare l'ostacolo di strutture profondamente differenti - *civil law* e *common law* oppure diritto capitalistico e diritto socialista -.

Quanto nel fatto che i nostri sistemi continentali chiusi e codicisticamente incentrati si sono trasformati in sistemi aperti, seppure in maniera diversa da quello inglese, che anzi ora partecipa



della stessa vicenda. Sistemi aperti, come è aperta e non nazionalistica la cultura che li sorregge; caratterizzati altresì dal pluralismo e dalla interazione tra fonti di produzione normativa interne ed esterne a ciascun ordinamento, istituzionalizzate oppure no. Il fenomeno coinvolge ciascun settore dell'esperienza umana, non più soltanto quello tradizionale del mercato. Anzi esso si accentua proprio quando si dibatte di diritti esistenziali e supera ampiamente il confine europeo. Ne fa prova ciò che viene chiamato «uso giurisprudenziale della comparazione» ovvero l'atteggiamento sempre più diffuso e sempre più frequente delle corti nazionali e internazionali che richiama materiali giuridici stranieri quando offre la soluzione di una controversia, sia che si tratti di un uso normativo o «forte» del diritto straniero o si tratti di un uso dialettico del confronto con altre esperienze adoperato come fonte di interpretazione del diritto nazionale. Ovviamente, questa diversificazione è legata alla specificità dell'ipotesi, secondo che si tratti oppure no di applicare nell'ordinamento nazionale – e dunque di interpretare – regole provenienti da un diverso ordinamento, ad esempio quello comunitario. O si tratti invece di individuare all'interno del proprio ordinamento la regola applicabile alla controversia da risolvere. Un esempio in Italia è la visione di Sabino Cassese (del resto assai tributario del pensiero di Markesinis) quando fa riferimento al ruolo assunto dai giudici nella «arena globale» del diritto, ruolo definito costituzionale in quanto in essa i giudici determinano verticalmente i rapporti fra i diversi ordini giuridici, nazionali ed internazionali, oppure integrano orizzontalmente i sistemi normativi settoriali, all'interno dello spazio giuridico in cui convivono differenti ordinamenti, statali oppure no, ma tutti idonei a produrre diritto. Il diritto comparato, da strumento per la conoscenza mediante l'apprestamento dello strumentario tecnico proprio della dimensione giuridica, si evolve e si trasforma esso stesso in fonte del diritto.

Se questo è vero, diventa essenziale continuare a interrogarsi sul metodo – meglio, sui metodi – della comparazione giuridica.

7. Sul metodo, dunque.

Ha senso tornare a ragionare – ammesso che il dibattito sia mai stato abbandonato – su argomenti da lunghi anni dibattuti? Un ragionamento generale sul metodo, è ancora attuale?

Quando il dubbio rischia di travolgere, soccorre il ricordo di un'espressione tradizionale: “siamo nani sulle spalle di giganti” e chiedere aiuto ai maestri del passato.

Il ricorso è alla visione di Francesco Carnelutti. Immagini terribilmente attuali suggeriscono ancora, sul tema del metodo, le sue magistrali riflessioni.

Nel suo discorso sul metodo, chiarificatrice è l'affermazione secondo cui l'esistenza della materia giuridica non postula necessariamente l'esistenza «del» metodo giuridico. Infatti, se è vero che il metodo della conoscenza deve adattarsi alla specifica materia, è altrettanto vero che la via della conoscenza è una e una soltanto. “È una via accidentata e scoscesa, ad aprire la quale concorrono tutti insieme filosofi, matematici, fisici, biologi, storici ed anche giuristi”.

In tali percorsi, che necessariamente assumono caratteri distinti quando si adattano al fine perseguito, si rinvencono tuttavia delle costanti. Esse derivano dal fatto che la sostanza della scienza, e il fine della conoscenza, non è di registrare passivamente i dati, bensì di elaborarli. Tutto ciò Francesco Carnelutti lo poggia sul fondamento della comparazione. Ossia, di stabilire i rapporti tra i fenomeni – per quel che noi interessa, i fenomeni giuridici – attraverso l'uso della comparazione. In questa visione, la comparazione costituisce quella fase della scienza che precede l'elaborazione del dato.



Di conseguenza, il ragionamento procede su vie sicure. Nell'analisi dell'esperienza il ricercatore scopre un sistema di «permanenze», composto dalle costanti tra i fenomeni, “relazioni stabili ...riassunte nei concetti...”. Anche Bobbio osservava le “permanenze al di sotto delle variazioni superficiali della storia”.

Queste costanti per Carnelutti si traducono nelle “regole o norme giuridiche” di cui la legge positiva è soltanto una ripetizione artificiale e imperfetta. Che costituiscono inoltre le “regole per fare agire le regole del diritto”, cioè quelle regole che le leggi giuridiche devono rispettare se vogliono appartenere all'ordine giuridico e che quindi ne fondano la validità.

Tra queste spiccano le regole logiche, le leggi sull'interpretazione. Poiché il primo strumento del comando giuridico è proprio il linguaggio: “le regole del linguaggio servono, prima di tutto, a chi tocca comandare per far capire ciò che comanda e a chi tocca obbedire per capire ciò che gli è comandato”.

Accanto alle regole del linguaggio si pongono quelle psicologiche, fisiologiche, sociologiche, economiche e persino fisiche; ma nel pensiero di Carnelutti “l'opera del legislatore non val nulla se non risponde alla giustizia”, e sotto questo profilo essenziali sono le regole etiche da osservare.

Si sfugge così alle rigide alternative del razionalismo, del formalismo, del sociologismo: la verità di una norma giuridica si misura sulla sua verificabilità, cioè sulla sua rispondenza al fatto sociale. Ed è per questo che la logica del diritto trova il suo limite nel diritto in quanto vita. “Vuol dire che bisogna capire gli uomini per capire il diritto. Ma questa materia è ribelle ai numeri ed anche alle parole”.

7. L'insufficienza della individuazione delle caratteristiche scientifiche basata esclusivamente sull'oggetto o solamente sul metodo indirizza le nuove correnti epistemologiche verso soluzioni che tengano conto insieme dell'oggetto e del metodo. In questa prospettiva, che collega il tema del metodo a quello dell'oggetto della comparazione, il dibattito non ha perso di attualità, anzi ne ha conquistata una nuova.

L'idea di comparare singoli ordinamenti, sulla scorta della rigida dicotomia diritto interno/diritto straniero, sembra oramai cogliere una sola immagine di un prisma le cui sfaccettature appaiono molto più complesse.

La comparazione è divenuta una scienza composita, ma al contempo flessibile, votata ad un raffronto che prescinde dalle identità nazionali, pur non dimenticandone le tradizioni giuridiche. La comparazione come espressione di una struttura multistrato, per riprendere una felice espressione di P. G. Monateri.

In questo scenario - mare aperto lontano da porti sicuri -, il metodo viene in soccorso dell'interprete, guidandolo come un'immaginaria stella polare. Oggetto della comparazione non sono più - o, meglio, non sono soltanto - gli ordinamenti nazionali, ma il diritto nel suo insieme, che prescinde dalle fonti (legislativa, giurisprudenziale, dottrinale), dall'autorità dalla quale promana (dove il richiamo non è solo a *soft law* e *hard law*, ma anche alle diverse declinazioni intermedie tra tali due estremi), dall'origine (interna, regionale, internazionale).

Si assiste, dunque, ad un diritto internazionale, non nel senso tradizionale di un diritto unificato convenzionalmente, ma, come si usa dire con un'espressione entrata nel lessico comune, di un ordine giuridico mondiale, che mette in crisi la costruzione stessa in sistemi giuridici. Si determinano così degli spazi aperti, spazi giuridici che prescindono dalla nozione di territorio e di Stato. Si avverte, in un contesto così fluido, l'impossibilità di appigliarsi ai paradigmi tipici, con i quali si era abituati a confrontarsi.



Cambia, dunque, anche il ruolo del comparatista. Non certo uno studioso impegnato «nella creazione di un linguaggio oscuro a chiunque tranne che agli iniziati», preoccupato di elaborare «idee e teorie senza utilità pratica [...] destinate a soddisfare solo quelli che trascorrono il proprio tempo ad elaborarle, quindi a citarsi l'un l'altro auto-compiacendosi» (sono parole di Basil Markesinis).

Al contrario, i comparatisti, liberatisi finalmente dall'angusta visione che li considerava – seppur non apertamente – personaggi esotici, dediti allo studio di materie vuote e sterili (come pure si è scritto), da invitare ai convegni solo per offrire uno sguardo fuori dai confini nazionali, rivendichino un peso fondamentale nel nuovo contesto necessariamente multinazionale.

Un contesto nel quale i comparatisti non sono però, come nel passato, ambasciatori nazionali, protesi alla difesa del diritto interno nel comune sforzo di uniformazione, ma giuristi globali, interessati a rispondere a domande reali, a problemi per loro natura sovranazionali e, infine, a concorrere a determinare l'emersione di un diritto che non è più la convergenza o la sintesi di singole esperienze nazionali, ma che, sempre più spesso, nasce autonomamente e originariamente come un diritto fondato su regole sue proprie.

Anzi, si assiste ad un processo inverso. La storia ci aveva abituato alla formazione del diritto sovranazionale che partiva dalle esperienze nazionali.

Successivamente, ci si è confrontati con un processo di *feedback*, ampiamente studiato dai cultori del diritto privato comunitario: una circolazione che parte dal diritto nazionale, influenza la creazione del diritto comunitario (che sovente elegge il modello considerato migliore o più efficiente), e ritorna, modificandolo e adattandolo, al diritto nazionale.

Oggi, al contrario, sembra che la creazione del diritto avvenga sovente sul piano direttamente sovranazionale, con l'elaborazione di categorie nuove che, pur essendo riconducibili a retaggi nazionali, nascono come idee autonome e nuove.

Dal profilo squisitamente economico il fenomeno della globalizzazione, dalla progressiva transnazionalità del commercio con la conseguente dilatazione dei mercati trascende tali confini e si estende a campi che riguardano più strettamente la persona. Questo straordinario e complesso fenomeno che sconvolge gli equilibri politico-economici del pianeta interessa il giurista per più versi. Infatti, è all'origine dello sviluppo di fonti di produzione normativa a carattere transnazionale e sovranazionale, da un lato; dall'altro spinge alla proliferazione di ipotesi concrete di autoregolamentazione da parte dei soggetti – privati – del mercato. Per altro verso ancora, favorisce la circolazione dei modelli e delle regole giuridiche appartenenti a differenti ordinamenti, conquistando spazi sempre più ampi alla norma uniforme. Se questa poi oltrepassa le materie dell'economia e dei commerci, opera una peculiare commistione di culture ed esperienze giuridiche tanto da travolgere la tradizionale classificazione degli ordinamenti in famiglie giuridiche e da riformulare ampiamente la descrizione della vicenda dei trapianti giuridici da ordinamento a ordinamento.

Ma le frontiere del diritto comparato, oltre che mobili, sono ampie.

L'ordine giuridico mondiale impone anche di riflettere, da un lato, sulle forme di *governance* e, dall'altro e forse preliminarmente, sui processi di costituzionalizzazione o, più semplicemente, di condivisione ed estensione dei diritti.

Si avverte, in questo campo, l'inevitabile superamento del binomio pubblico e privato che, lungi dal rappresentare monadi separate, instaurano un continuo e necessario dialogo.



La propensione verso un ordine giuridico mondiale si scontra, però, con un problema che appare insormontabile. Un vicolo cieco, del quale conosciamo l'ingresso, ma del quale non riusciamo ad intravedere la via di uscita.

Mi riferisco, in particolare, al fatto che l'ordine globale, nell'accezione fatta propria, tra gli altri, da Sabino Cassese, si scontra con un disordine, che non è risolto dalle istituzioni sovranazionali. Istituzioni che hanno la peculiarità di essere sottratte ai confini nazionali, diversamente dagli organi pubblici nazionali, ma che, a differenza di questi ultimi, non hanno una competenza funzionale diffusa, ma limitata a specifiche materie.

Gli organi della globalizzazione – se così si vuole definirli, con un'espressione volutamente generalista – sono sì organi sovranazionali, ma con una competenza funzionale limitata.

In tale contesto, può apparire azzardato discorrere di un costituzionalismo mondiale o, se si preferisce, di una mondializzazione dei diritti costituzionali (che però è cosa diversa) e della necessità di ragionare di nuove categorie, a partire da quella della sovranità che, per quanto progressivamente dilata, non mi sembra che ben si attagli al piano globale.

A livello comunitario il solco è però segnato, e non è certo un male. Il processo di costituzionalizzazione europeo ha segnato un punto di non ritorno. E, al tempo stesso, un punto di partenza.

Quantomeno se si concorda, con Stefano Rodotà, che il “sentiero costituzionale” comunitario debba essere guardato come un'affermazione dei diritti civili e dei diritti dei singoli e non, invece, come una forma di centralizzazione dei poteri pubblici ai danni dei governi locali.



HAS COMPARATIVE LAW IN ITALY LOST ITS DRIVING FORCE?

GIOVANNI PASCUZZI

SOMMARIO: 1. A book on comparative law in Italy from a quarter-century ago. - 2. Some questions, 25 years on. - 3. A few reflections on some statistical data.- 4. The lynchpin of the debate: what distinguishes the comparative approach from other branches of knowledge.-5. Comparison is a cognitive process: consequences.- 6. The driving force. -7. Future developments.

1. In Italy, the comparative method has been the means to reveal the shortcomings of more traditional ways of reflecting upon the law. Both in intention and reality, it has served, in particular, to stigmatise dogmatism and formalism by highlighting their “ideological” nature.

Some of the assertions made by one of the undisputed fathers of the Italian comparative method, Rodolfo Sacco, still resonate today: «in the field of civil law, the *birth* of a comparative method, unsatisfied by the investigative tools of domestic law and therefore anxious to replace them, dates from a period when all new proposals battled a *common enemy*. This enemy is the systematic method, also referred to as conceptual or dogmatic, with its arbitrary *a priori* positions. Both dogmatic tendencies – those faithful to the Pandectist school and to the new systematics – were influenced by them in various ways. Gorla, who *turned against* dogmatism from 1941 on, (he formulated his position in *L'interpretazione del diritto* [*The Interpretation of Law*], Milan, 1941), set out to find a new method of interpretation ... Once law is stripped of dogma, the juridical constant must be sought elsewhere: Gorla conducts research inductively, begins to disregard such legal maxims and centres on the reasons behind the decision»².

Considerations of this kind have been repeated at intervals several times. Merely as an example, we can recall some excerpts, set out in a book³, from an interview with Rodolfo Sacco. The book, published by Giuffrè in 1992, reproduces the Master's discourse with a score of comparative jurists discussing other comparative themes of great interest, from general issues to the relationship between the comparative method and history, as well as the other sciences, and so forth.

Rodolfo Sacco made several observations:

«I wanted to show that the comparative method allows legal systems to be *uncovered*, in order to reveal what lies within, hitherto concealed, because in each of these legal systems there are cryptotypical categories, which in other systems are known and proclaimed » (page 5).

«I believe at this point that third-year students are convinced of the two following obvious factors. No. 1. The dogmatic approach offers a monitoring mechanism based exclusively on the consistency of the various definitions, or various data, if you like. However, it is possible to have a system which is completely consistent and composed of wholly stupid definitions, even if they are consistent with one another. No. 2. *The comparative method*

² SACCO (1980), pp. 244 and 245. Emphasis added.

³ SACCO (1992b).



functions in the description of what is hidden in the system (uncovering cryptotypes); and, above all, without too much regard for our acquired habits of thought, discloses to us the contradictions inherent in our formulae with respect to the reality of the situation (that is, with respect to the operational rule). I perceive that the three checks on validity in the last two hundred years were, respectively, positivist, rationalist and historical-dogmatic. Today the positivist approach, which focuses on the empirical (precedent) and believes in making it absolute, is unpopular; the rationalist approach, which focuses on an abstract thought, but cannot say why the thought should be that one in particular, has no corollary; the dogmatic approach, that makes choices and deductions with little empirical support, is wearing thin. Thus the positive criterion looks for effectiveness and becomes realism. The rationalist criterion ties itself to economic-mathematical thinking and becomes a cost-benefit analysis. The historical-dogmatic one looks at empirical data, filters it through a taxonomic analysis of the surrounding reality and so becomes the comparative method» (page 13).

«At the age of 21 I witnessed the fall of National Socialism with my own eyes. At 67, on the television, I saw communism come crashing down. And now I am about to see the *nationalistic postulate in the teaching of law* collapse» (page 216).

«The comparative approach in law has not yet been born. Or else it is in its first day of life» (page 19)⁴.

2. 25 years on from the publication of the volume reproducing the interview with Rodolfo Sacco, it is worth posing some questions. What does the comparative method “uncover” today? What does it “disclose”? Has the “nationalistic postulate” in the teaching of law really collapsed? Has the comparative approach really seen the light of day? The comparative approach in legal studies has been asserted in Italy as a “revolt” against formalism and dogmatism. And their limitations. The comparative scholars or “revolutionaries”, as they once were, now seem to have become the *bourgeois*. Comparative law has perhaps become something comparable to the way dogmatism came to be viewed in the last century (that is, an approach destined to perpetuate the status quo, which conceals an ideology of power).

3. In 2000, at the start of the new millennium, there was one single comparative law association, the PAIDC (Associazione italiana di diritto comparato [*Italian Association of Comparative Law*])⁵. There were 43 full professors in the Jus/02 area (Comparative Private Law)⁶. Conversely, there were 53 full professors in the Jus/21 area (Comparative Public Law).

Fifteen years later, that is at the end of 2015, the situation was as follows. The one comparative law association had now become three. Full professors in the Jus/02 area increased slightly, from 43 to 48, whereas the full professors in the Jus/21 area have declined noticeably, from 53 to 38.

⁴ In the quotations from Sacco, the italics have been added. The analysis of these methodologies set out in the text can be found in the so-called “Trento theses” [*Tesi di Trento*], a scientific manifesto on the comparative approach to legal studies, developed in 1987 by a group of comparative law jurists (F. Castro, P. Cendon, A. Frignani, A. Gambaro, M. Guadagni, A. Guarnieri, P. G. Monateri, R. Sacco), some of whom were already lecturers in the Law Faculty of Trento. The 5 theses can be found on the following website: https://it.wikipedia.org/wiki/Tesi_di_Trento.

⁵ <http://www.dirittocomparato.org/>.

⁶ The statistics have been retrieved from the MIUR database, referring to the body of university teachers. <http://cercauniversita.cineca.it/php5/docenti/cerca.php>.



The AIDC has been joined by the Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo [*the Association of comparative public and European law*] (the DPCE, formed in 2001 with “the aim of promoting debate among scholars and people involved with the law in the national and International context, paying particular attention to the comparative method »)⁷; and the Società italiana per la ricerca nel diritto comparato [*the Italian Society for research into comparative law*] (the SIRD, set up in 2010 for «the purpose of promoting the science of comparative law and collaboration between jurists – Italian legal scholars or those in practice – working in Italy or wishing to practise in connection with them»)⁸.

I will be expanding on this dynamic evolution in another work. For present purposes, comment must be limited to a making few rapid observations.

The growth of such “scientific societies” is a trend which is a feature of the last 15 years, both within and outside the legal environment. In general, it can be said that a) there is no scientific disciplinary area today that does not have at least one «sector association»⁹; b) the driving force behind the creation of new scientific associations is fed by the desire to become interlocutors of organs such as Anvur¹⁰ [*a national agency for evaluating universities and research*]; c) frequently the existence of different associations within the same scientific-disciplinary sector seems to be justified more by academic differences than by differing theoretical perspectives.

Italian private law specialists (scientific-disciplinary sector Jus/01) are represented by three different associations: the Associazione civilisti italiani [*Society of Italian civil lawyers*]¹¹, the Società Italiana Studiosi del Diritto Civile [*The Italian Society of civil law scholars*]¹² and the Unione dei privatisti [*Union of private law lawyers*]¹³. In 2011 no less than two taxation lawyers’ associations were formed (the Jus/12 scientific-disciplinary sector): the Associazione Italiana dei Professori di Diritto Tributario [*Italian Association of Taxation Law professors*]¹⁴; and the Società Italiana Studiosi di Diritto Tributario [*Italian Society of Taxation Law scholars*]¹⁵. To validate what was mentioned earlier on the wish to become interlocutors of institutional entities, it is worth recalling that the statute of the last association mentioned reads as follows: the SSDT «may, in representing the interests of members, and in any case in the general interest, formulate requests and opinions addressed to organs of the Public Administration, including the Minister for Universities, CUN, Anvur and any other entity with similar aims». A similar provision can also be found in the statute of taxation association mentioned earlier (AIDPT).

We can deduce from this that the increase in the number of comparative law associations (from one to three) is part of a more general phenomenon. If anything, we should be asking whether the comparative lawyers must also share the dynamic which is driving this phenomenon (i.e.: unionization of the disciplines; the rigid compartmentalisation of research with regard to immovable disciplinary sectors; deference to the dictates of evalua-

⁷ <http://www.dpce.it/>.

⁸ <http://www.sirdcomp.it/>.

⁹ On the rise of scientific disciplinary sectors and their impact on teaching and research, see PASCUZZI (2012).

¹⁰ Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca, <http://www.anvur.org>.

¹¹ ACI, founded in 2003. <http://www.civilistiitaliani.eu/>.

¹² SISDIC, founded in 2003. <http://www.sisdic.it/>.

¹³ UP, founded in 2011.

¹⁴ AIPDT, founded in 2011. <http://www.aipdt.it/>.

¹⁵ SDT, founded in 2011. <http://www.studiosidirittotributario.it>. The Associazione dei tributaristi (<http://www.associazionetributaristi.eu/>) had already existed for many decades, but it does not, however, occupy the same ground as the kinds of associations mentioned in the text, whose ambit mainly overlaps the academic perspective of a discipline area.



tion bodies; indulgence towards academic disputes which have no theoretical content), or, conversely, that they should not be challenged.

Some reflections, too, on the number of professors. The analysis was limited to the number of full professors. Overall, they have become reduced over a period of five years. In particular in the Jus/21 sector. This phenomenon may have had an impact on the aging trends with regard to academic staff (the increase in the average age) and the shrinkage of funds for the financing of the universities: since 2008, the FFO [*funds for the financing of the universities*] has been relentlessly cut.

However, looking at the MUIR [*Ministry for education, universities and research*] statistics, another interesting phenomenon becomes apparent – the osmosis between disciplinary sectors.

There are few professors belonging to other disciplinary sectors who have transferred to the Jus/02 or Jus/21 sectors. Conversely, there are many comparative law professors who have migrated from the Jus/02 or Jus/21 categories to other disciplinary sectors. How has this come about? Is it an isolated case? Are there theoretical reasons for this? Is comparative law just a springboard to something else? Has the role of the comparative approach served its purpose? Or can it be attributed to the selection process or factors and/or to do with academic schools? Perhaps it is the combined effect of all these things.

4. Jurists can be differentiated from one another on the basis of their commitment to a profound exploration of one specific sector of legal knowledge. In fact, a distinction is normally made between civil, criminal and public law lawyers, taxation, constitutional, international lawyers and so on.

The discussion is quite different so far as comparative lawyers are concerned. Their name does not derive from a field of knowledge but from a cognitive process, comparison. The name “comparative lawyer” [It. *comparatista*] does not of itself imply the possession of competence in a particular area of law, but expertise in a methodology.

There are legal scholars who know *about something* (such as civil law experts, criminal law experts, etc).

And there are legal scholars who know things *in a certain way*: precisely, comparative lawyers.

At first glance, the term ‘comparative lawyer’ throws no light on what the scholar studies (or rather, the field of enquiry to which the cognitive process is applied) but it tells us the way he or she works. It is not by chance that the comparative approach gives rise to independent disciplines in fields other than law. One only need think of other subjects, also taught at university, such as comparative anatomy, comparative zoology, comparison of economic systems, of political systems, and so on. Comparison is a cognitive process. The application of this process is a feature of comparative lawyers.

5. The fact that comparison is a cognitive process has consequences which I will now try to list briefly.

A) If comparison is a cognitive process, it makes little sense to speak of the «perimeters of the discipline» since the discipline does not have a subject-matter but refers to a methodology¹⁶.

¹⁶ Sacco writes (1992b), p. 183: «The comparative concept has only one limit, namely the homogeneity of the subject-matter governed by the law».



Even so, there are those who strive to define the limits of comparison. For example, in some of the minutes of selection procedures, the work of young scholars is (under)rated, because it is said not to pertain to the disciplinary sector or the sector relating to the competitive selection, not because comparative methods have not been adopted, but because it relates to some topics, but not others, held to be of relevance to the sector concerned in the competition.

B) Those who define themselves, even nominally, by a cognitive and methodological approach can only look favourably upon other cognitive and methodological approaches.

It is not by chance that many comparative lawyers are also adherents of other approaches as well, such as the economic analysis of law (for example, Roberto Pardolessi)¹⁷; *law and literature* (for example, Pier Giuseppe Monateri)¹⁸; *law and technology* (while excusing the presumption, this example refers to me)¹⁹; and so on.

As a discipline, the comparative approach must make room for all other innovative approaches.

C) The dialogue between fields of knowledge – law, history and much else.

The comparative method allows us to see how legal institutions originated and how they have evolved. Therefore it investigates historical aspects²⁰, as well as sociological and economic ones, and so forth. Comparative lawyers attack boundaries between disciplines. They are masters, among other things, of interdisciplinary skills²¹.

D) Innovation (in legal terms, or otherwise).

By studying the origins and circulation of legal institutions and models, the comparative method prioritises change and innovation as the subjects of scrutiny²². The comparative method studies the techniques of legal innovation²³. Comparative scholars study the creativity of jurists²⁴.

¹⁷ Roberto Pardolessi is the director of the *Law & Economics LAB* (Laboratorio di analisi economica del diritto <http://www.law-economics.net/>). He is the author of many essays on topics connected to law and economics. See PARDOLESSI (1992). See also COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESSI, ULEN, (2006).

¹⁸ Pier Giuseppe Monateri is the vice-president of AIDEL, Associazione italiana diritto e letteratura [*the Italian association of law and literature*] (<http://www.aidel.it/>).

¹⁹ On the relationship between law and technology, see: Pascuzzi (2016).

²⁰ The second of the Trento theses on the comparative approach to legal studies, referred to above, states: «The comparative method focuses attention on various legal phenomena which have taken shape in the past or in the present, following the criterion that something concretely achieved can be considered to represent reality. From this perspective, the comparative method is based on the same evaluation criteria as the historical sciences».

²¹ On the elements of interdisciplinary work, see Pascuzzi (2013), 184 ff.

²² Gorla (1989), para. 2.3, asks himself whether the comparative scientific method can extend to an etiological investigation capable of ascertaining the reasons which cause changes in the law. According to Rodolfo Sacco (1992a, p. 18) the comparative approach has a factual and diachronic (as well as synchronic) view of the law, and therefore it deals with the realities which determine or paralyse the impulse for legal innovation.

²³ In the «Introduction to comparative law», just cited, Rodolfo Sacco (1992a) writes: «Innovations in legal models can be found at every turn. An original judgment, a daring response given by a student at an examination, contain innovation. The only innovations which count, however, are those coming from an authoritative body or, precisely, are issued by an authority, or which are imitated, become widespread and so generally diffused. With reference to synchronism, innovation which does not originate with an authority is erroneous: through judicial error, advocate error, or student error. From the diachronic perspective, the nature of the innovation is more obscure: if it is imitated, it will be a creation, a discovery; only when it fails to find imitators will it be considered an isolated opinion, an error». Sacco asks himself what the origin of innovation may be, identifying some techniques which are invented and applied to satisfy the increasingly sophisticated requirements of society (p. 134). The comparative scholar from Turin endeavours to list some of these techniques: the desire to generalise (for harmony, by analogy); assimilation (parity of treatment of cases since they share analogous elements); differentiation (differentiation of treatment because the cases have elements which distinguish them from one another); the emergence of unexpressed contents from known propositions and interpretations; the combination of basic legal institutions (p. 146 ff.).

²⁴ Pascuzzi (2013a).



E) The training of jurists should take more account of cognitive processes than of the disciplines themselves (declarative knowledge)²⁵.

More emphasis should be placed on skills development²⁶. Comparative law should not be taught. Students should be taught to *undertake* comparison. The history of legal systems should not be taught, students should learn to create the history of law. Beyond this, the objective should not only be the collapse of the «nationalistic postulate», or the training of «municipal jurists»²⁷. The aim is to produce «lawyers without law». Jurists capable of operating in any legal system.

F) A cognitive process is itself a technology. A technology of the mind.

Comparative lawyers adopt a technique to achieve cognitive objectives. The conference organisers stigmatise those who believe the law to be «an instrument of social engineering»²⁸. I believe that law is a technology. However, the task of those who study a particular technology is to understand the uses (obvious or otherwise) to which the technology may be put. This is likewise the task of anyone who uses a cognitive process (such as the comparative method) in order to discover knowledge. The comparative approach reveals the dynamics of power and highlights and the values underlying the various available options.

The title of this paper is deliberately provocative: it recalls the driving force of a renowned revolution.

When it originated in Italy, the comparative approach in many respects represented a small-scale revolution. It did away with the ‘old’ and stood for the ‘new’. The destiny of the ‘new’ is to become ‘old’ itself, merely through the passage of time.

Must the comparative method turn into (or has it already become) a “discipline” like all the others? One branch of knowledge among many? Must the comparative approach align itself with legal training which is based on specific disciplinary sectors²⁹? Must it fall into line with a departmental organisation which punishes inter-disciplinary research³⁰? Must it adjust to this system of evaluation, which is generating conformism and killing off precisely those values of innovation and interdisciplinarity³¹? Is the comparative approach in legal studies destined to become the formalism and/or dogmatism of the twenty-first century? Is the comparative lawyers’ fate to shove others aside in order to gain a few more teaching credits for their degree courses?

7. In my view, the comparative method should continue to be an engine for change:

- Eliminating perimeters;
- Welcoming the contribution made by innovative approaches;
- Cultivating interdisciplinarity;

²⁵ Pascuzzi (2009).

²⁶ On the distinction between knowledge and skill, see PASCUZZI, (2013b).

²⁷ Sacco (1992b), p. 216.

²⁸ The text the letter of invitation written by the organisers of this conference (professors Massimo Brutti and Alessandro Somma) reads as follows: « There prevails a vision of the law as an instrument of social engineering, of government (but no questions are asked about what forces and interests guide the governing power or what ideology sustains it). Legal phenomena become separated from politics and de-contextualised. The comparative method becomes a question of recognising similarities and distinctions between abstract forms: the very opposite of what is required for a real comparison of given historical realities». Assertions with which I wholly agree, in the sense which I have emphasised in the text.

²⁹ For further analysis, Pascuzzi (2009).

³⁰ For further analysis, PASCUZZI (2012), 111 ff.

³¹ On the limitations of the Italian system for evaluating research, which is creating conformity, see: SYLOS LABINI (2016).



- Indicating pathways for innovation (relating to law or otherwise);
- Scrapping the current paradigms of legal education;
- Shining a light on the political options which underlie every legal choice.

Bibliography

- Cooter, R., Mattei, U., Monateri, P.G. , Pardolesi, R., Ulen, T. (2006), *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna.
- Gorla, G. (1989) *Diritto comparato e straniero*, in: *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XI.
- Pardolesi, R. (1992), *Postfazione a Polinsky, Una introduzione all'analisi economica del diritto*, in: *Foro italiano* 179.
- Pascuzzi, G. (2009), *L'insegnamento del diritto comparato nelle Università italiane* (updated December 2009), Trento Law and Technology Research Group Research Papers, available for downloading from the SSRN at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2597022
- Pascuzzi, G. (2012), *Una storia italiana. I settori scientifico-disciplinari*, in: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 91-121.
- Pascuzzi, G. (2013a), *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*, Bologna.
- Pascuzzi, G. (2013b) *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, Bologna.
- Pascuzzi, G. (coord) (2016), *Il diritto dell'era digitale*, Bologna.
- Sacco, R. (1980), *Comparazione e conoscenza del dato giuridico positivo*, in AA.VV., *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano.
- Sacco, R. (1992a), *Introduzione al diritto comparato*, Torino.
- Sacco, R. (1992b) *Che cos'è il diritto comparato*, Milano.
- F. Sylos Labini, F. (2016), *Rischio e Previsione. Cosa può dirci la scienza sulla crisi*, Roma.



A CHI SERVONO I COMPARATISTI? DIRITTO COMPARATO, POSTDIRITTO E RUOLO DELLA COMPARAZIONE

ALESSANDRO SOMMA

Siamo stati autorevolmente chiamati a riflettere sul diritto comparato, ovvero su un campo del sapere intimamente legato alle dinamiche che caratterizzano l'epoca attuale, la cui utilità è pertanto *in re ipsa*. Lo stesso non si può peraltro dire dei comparatisti, le cui sorti sembrano non seguire quelle della loro materia. Di qui la scelta di interrogarsi, più che sull'utilità del diritto comparato, su quella dei comparatisti. Anche per individuare i motivi del contrasto, e soprattutto le modalità per porvi rimedio e consentire così ai comparatisti di beneficiare del successo della loro materia.

SOMMARIO: 1. Sulla crisi dei giuscomparatisti. - 2. Sul persistere di un modello tradizionale di giurista. - 3. Sulla crisi del diritto e sul diritto comparato come rimedio.

1. Da tempo la dimensione ultranazionale dell'esperienza giuridica si è imposta ai cultori del diritto, venendo finalmente riconosciuta come il suo aspetto forse più peculiare. Sono oramai rari i casi in cui un settore dell'ordinamento può essere padroneggiato senza tenere conto delle fonti di provenienza internazionale, prodotte nell'ambito delle numerose organizzazioni interstatuali che operano a livello planetario. Per non dire del ruolo di primissimo piano assunto dal diritto sovranazionale, riconducibile all'attività di organizzazioni, come l'Unione europea, che esercitano una sovranità distinta da quella degli Stati aderenti. Si pensi infine all'incidenza del diritto transnazionale: l'insieme delle disposizioni confezionate anch'esse fuori dai confini nazionali per iniziativa di legislatori privati.

Sempre più spesso, poi, si richiede la conoscenza del diritto dei molti Paesi vicini e lontani che animano la fitta rete dei rapporti tra Stati, il cui protagonismo sulla scena mondiale viene sicuramente conteso, ma non certo annullato dall'azione dei più disparati poteri pubblici e privati¹.

Se così stanno le cose, i cultori del diritto comparato dovrebbero vivere il loro momento fortunato, l'apice della loro popolarità. Lo studio dei diritti stranieri, il loro raffronto e la loro interazione con il diritto internazionale, sovranazionale e transnazionale costituisce infatti il pane quotidiano dei giuscomparatisti. Questi dovrebbero allora rappresentare un punto di riferimento obbligato per il discorso giuridico in quanto tale, essere i padroni del campo in cui si incrociano i saperi e le pratiche che traggono legittimazione dal diritto.

Invece così non è. O meglio: alla comparazione giuridica si ricorre oramai in tutti i settori dell'ordinamento, in quanto semplicemente non si può prescindere da quanto accade oltre il livello nazionale. Tuttavia ciò accade senza un significativo coinvolgimento dei giu-

¹ Ad es. M. Mazzucato, *Lo Stato innovatore*, Roma e Bari, Laterza, 2015.



scomparatisti, almeno non all'altezza dell'importanza assunta dai saperi collocati al centro del loro impegno di studiosi. Se anzi si considera quest'ultimo aspetto, non si fa fatica a concludere che i giuscomparatisti vivono una fase di relativo ridimensionamento, testimoniato dal peso insufficiente assicurato alla materia da parte delle riforme che a ritmo serrato tormentano la comunità accademica tutta. E confermato dalla scarsa intensità del dialogo che i cultori dei diversi settori dell'ordinamento intrattengono con i giuscomparatisti, i cui scritti sono troppo spesso trascurati, o peggio ritenuti buoni solo a confezionare dotte note a piè di pagina.

Sembra insomma che, se per un verso il diritto comparato viene ritenuto un campo del sapere utile, lo stesso non valga per i comparatisti, per molti spetti condannati alla marginalità. Di qui l'opportunità di interrogarsi sui motivi di questa situazione, anche e soprattutto per mettere a fuoco le ragioni dell'utilità dei cultori del diritto comparato, oltre che del diritto comparato *tout court*, e ovviamente interrogarsi sul modo di rivendicarla e riaffermarla.

2. I giuscomparatisti sono abituati a interrogarsi sul perimetro della loro materia, a riflettere in termini generali sull'oggetto dei loro studi, sulle finalità per cui li affrontano e sulle relative metodologie. L'attenzione per questi aspetti costituisce anzi una peculiarità della comparazione giuridica, con puntuali riscontri negli strumenti didattici predisposti per il suo insegnamento, in ciò distinti da quelli di norma utilizzati nelle materie che compongono il complesso delle conoscenze giuridiche di base².

In queste ultime il diritto viene analizzato da un punto di vista interno, come se l'oggetto di studio, le sue finalità e i suoi metodi fossero acquisiti una volta per tutte, tanto da essere oramai indiscutibili³. Come se i cultori del diritto dovessero essere complici delle fonti del diritto e dunque assumere la posizione del prescrittore: limitandosi a fungere da diligenti amministratori e custodi di un patrimonio di conoscenze immobile nella sua essenza, da incrementare senza mettere in discussione le categorie ordinanti ereditate magari da un glorioso passato.

Lo sguardo che il comparatista rivolge al diritto muove invece da un punto di vista esterno⁴. È lo sguardo di chi contempla e mira a descrivere il diritto nella sua struttura, ma anche nella sua funzione, nel suo costituire un insieme di precetti, ma anche di istituzioni che lo pongono in essere per distribuire imperativamente beni e valori. Lo sguardo di chi, più che il diritto, indaga l'esperienza giuridica⁵, la sua dimensione empirica come la sua essenza di pratica discorsiva. È così fin dalla nascita della comparazione come scienza autonoma al principio del secolo scorso, quando si affacciò sulla scena del sapere giuridico per rifondarlo su basi critiche: per scardinare le convenzioni e i pensieri unici, come il legicentrismo e il dogmatismo tipici dei paradigmi scientifici all'epoca imperanti. Di qui l'identità del comparatista come studioso incline ad analizzare il fenomeno diritto sciolto nella sua dimensione spazio temporale, quindi valorizzando le interazioni tra il diritto e le altre scienze sociali.

² Lo sottolinea criticamente, come è noto, R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, 5. ed., in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Torino, Utet, 1992.

³ Il punto di vista interno sul diritto cui si fa riferimento non è dunque quello di chi, secondo la nota definizione di Herbert Hart (*Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002), lo accetta e utilizza come fondamento della sua condotta.

⁴ Diverso, anche qui, da quello cui allude Hart (*ibidem*), intendendo il punto di vista dell'osservatore che non si sente vincolato dal diritto.

⁵ Su cui da ultimo F. Cerrone, *Sull'esperienza giuridica: Capograssi, Orestano, Giuliani*, in *Diritto pubblico*, 2016, p. 963 ss.



Non si può certo dire che, se queste sono state modalità in qualche modo costitutive del diritto comparato, i suoi adepti siano riusciti a renderle patrimonio comune dei cultori del diritto. Si sono ottenuti alcuni successi, questo è indubbio, non tuttavia all'altezza dell'attuale interesse per la materia, né dell'ampio e articolato campo che ha militato e milita a fianco dei comparatisti: il campo dei cultori delle materie giuridiche che coltivano un approccio critico, dai filosofi agli storici del diritto, passando ovviamente per i sociologi del diritto.

Certo, nel tempo sono mutati gli approcci dei cultori del diritto positivo, ma la sostanza resta invece la stessa. Il legicentrismo si manifesta oggi come asservimento esegetico alle parole delle fonti di produzione del diritto sovranazionale: ad esempio come pedante parafrasi del testo di una direttiva europea, o come verbosa ricostruzione acritica di una convenzione internazionale. L'attuale dogmatismo è invece quello che porta a interrogarsi circa i punti di riferimento formali di un sedicente sistema del diritto sovranazionale, da ricostruire a partire dal complesso sistema di fonti multilivello. Per poi misurare minuziosamente la distanza che lo separa dal cosiddetto sistema di diritto interno, e magari formulare vibrante proteste per il rischio di un inquinamento concettuale.

Ecco il diritto comparato praticato dai cultori di materie diverse dal diritto comparato: una materia a cui sono stati cambiati i connotati. Ed ecco la ragione dell'insuccesso dei loro cultori, che evidentemente confezionano ricerche la cui impostazione non può essere forzata entro gli schemi prevalenti presso i cultori del diritto positivo.

A questo punto si potrebbe essere tentati di recuperare centralità abbandonando lo statuto epistemologico fondativo della comparazione giuridica, sulla scia di quanto è stato tentato da alcuni cultori del diritto romano: quelli che in Germania hanno ceduto alle sirene della Neopandettistica pensando di recuperare così visibilità accademica, ma che nel lungo tempo hanno solo accelerato il declino della loro materia⁶. Giacché la forza dei cultori del diritto romano, esattamente come dei cultori del diritto comparato, resta nella capacità di adottare un punto di vista esterno nell'osservazione del fenomeno giuridico: qualsiasi altra soluzione porterebbe solo a un complessivo indebolimento della materia.

Insomma, non ci siano scorciatoie nel percorso verso la riconquista da parte del diritto comparato di una visibilità consona alla ricchezza della materia. Chi le ha percorse, mettendosi al servizio dei campi egemoni del sapere giuridico e non, evitando di osservarli criticamente, ha forse ottenuto qualche soddisfazione. Ma si è sempre trattato di un fuoco di paglia, eventualmente di successi iniziali, ben presto rivelatisi però effimeri, se non dei sonori insuccessi.

3. I problemi di visibilità non sono però riservati ai cultori del diritto che tradizionalmente assumono un punto di vista esterno. Una vera e propria crisi, testimoniata dalla contrazione nelle iscrizioni ai corsi di studio giuridici, la sta vivendo il diritto nel suo complesso, anche e soprattutto in quanto sapere tecnocratico.

Per molto tempo il giurista si è accreditato come il tecnocrate per antonomasia, capace di organizzare lo stare insieme come società a partire da un sapere di tipo professionale. Non ha negato che vi fosse un momento politico relativo alla formazione delle regole giuridiche, ma ha sostenuto che questo fosse distinto dal momento tecnico, quello concernente la loro interpretazione in quanto fonti del diritto. Di qui il suo ruolo di tecnocrate, a

⁶ Citazioni in A. Somma, *Da Roma a Washington*, in P.G. Monateri, T. Giaro e A. Somma, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di Prospettiva*, Roma, Carocci, 2005, p. 169 ss.



cui far fronte combinando in vario modo le due varianti del positivismo: accentuando ora la sua capacità di ridurre il diritto alla legge, ora la sua abilità nel riportare quest'ultima a una trama concettuale attraverso cui attribuirle senso compiuto.

È evidente che lo schema descritto attiene all'autorappresentazione del giurista, ingegnere sociale privo di investitura politica, la cui legittimazione deve dunque trarre fondamento dal carattere tecnico del suo sapere, dalla decontestualizzazione delle sue conoscenze⁷. Tuttavia lo schema è fondativo dell'idea di diritto occidentale, tale proprio in quanto differenziato dalla politica, oltre che dalla religione⁸. E in quanto ricavato dalla scelta di affidare l'amministrazione delle istituzioni giuridiche «a speciali gruppi di persone che si dedicano ad attività giuridiche su base professionale», capace di dare sistema alle regole prodotte da quelle istituzioni e consentire così lo sviluppo del diritto come un sistema organico, come corpo contenente «un meccanismo intrinseco di mutamento organico»⁹.

Anche la fase attuale è complessivamente caratterizzata da una richiesta di ortodossie teoriche, di saperi specialistici non dialoganti, di ingegnerie sociali sviluppate nell'ignoranza del contesto in cui operano, maturate nell'inconsapevolezza circa il metodo utilizzato e le finalità perseguite. Tuttavia questo vale meno per il diritto e più per saperi utili a legittimare dal punto di vista tecnico coloro i quali, in un momento di crisi della legittimazione politica, sono chiamati a regolare la convivenza sociale: in particolare il sapere economico.

Ci troviamo del resto, alimentata da una retorica sulla fine della storia nonostante tutto persistente, in una fase storica connotata dalla prevalenza assoluta del pensiero neoliberale, ovvero della prevalenza del campo economico sul campo politico: il diritto è chiamato a costituire la mano visibile del mercato, a trasformare il principio di concorrenza in strumento di direzione del comportamento dei consociati¹⁰. Se dunque il giurista perde la sua posizione di tecnocrate per antonomasia, è perché muta radicalmente il suo essere un cultore del positivismo legislativo o scientifico: diviene ora bocca delle leggi economiche, nel primo caso, o fonte di un ordine concettuale ricavato dalla scienza economica, nel secondo. In ogni caso non riesce a riempire con un suo progetto lo spazio apertogli dal ripensamento del ruolo attribuito al diritto statuale, che pure avrebbe potuto condurre a rifondare l'autonomia del giuridico¹¹.

Insomma, l'autonomia del giuridico viene cancellata, e con essa la possibilità di rappresentare il giurista come tecnocrate legittimato dal suo essere detentore di un patrimonio sapienziale. Se infatti il discorso giuridico diviene la mera riformulazione del discorso economico, il diritto perde la sua ragion d'essere: diviene postdiritto, espressione nella quale il prefisso «post» indica la negazione di ciò cui allude la parola a cui viene anteposto, ovvero che il diritto si riduce oramai a mero riflesso di altri fenomeni sociali. E lo stesso accade a coloro i quali pretendono, per il tramite del diritto, di disciplinare lo stare insieme come società: i cultori del postdiritto sono i detentori di un sapere oramai incapace di interpretare i fenomeni sociali, e tanto meno di governarli. Possono solo testimoniare, mentre assolvono al ruolo di meri riproduttori di un verbo indiscutibile, quanto la salute del pro-

⁷ Da ultimo M. Brutti, *La solitudine del presente*, in I. Birocchi e M. Brutti (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, Giappichelli, p. 295 ss.

⁸ V. rispettivamente A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, 3. ed., in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Torino, Utet, 2008, p. 39 ss. e H.J. Berman, *Diritto e rivoluzione* (1983), Bologna, Il Mulino, 1998.

⁹ *Ivi*, p. 24 ss. V. anche Id., *Law and Revolution II*, Cambridge Ma., Harvard Univ. Press, 2006.

¹⁰ Secondo lo schema ordoliberalistico assunto tra l'altro a punto di riferimento dalla costituzione economica europea: A. Somma, *La dittatura della spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, DeriveApprodi, 2004.

¹¹ Al proposito P. Grossi, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2000, p. 551 ss.



getto neoliberale sia direttamente proporzionale alla capacità dei suoi custodi di spoliticizzare l'ordine economico¹².

Di qui la conferma dell'attualità di una riflessione sullo spazio da rivendicare per il diritto comparato e i suoi cultori che muova da rinnovate riflessioni attorno ai suoi oggetti, scopi e metodi. Nella convinzione che su questo terreno si possa rivitalizzare il senso del sapere giuridico, il suo essere capace di contribuire a incrementare le conoscenze solo se alza lo sguardo oltre il tecnicismo che costringe alla residualità i cultori del sapere critico.

Su questo terreno, occorre ammetterlo, la comparazione giuridica ha bisogno di rinnovarsi, di riformulare la propria identità secondo schemi e linguaggi che possano accreditarla come scienza capace di dialogare con i cultori dei saperi più adatti a comprendere le trasformazioni del tempo presente. Ha cioè bisogno di attrezzarsi per il confronto con le ingegnerie sociali ora di moda, i quali, occorre ammettere anche questo, non sono invece chiusi al confronto con altre scienze, inclusa la comparazione giuridica. Anche quando ne travisano il senso e anche quando si presentano come saperi portatori di un messaggio indiscutibile: come è il caso della Nuova economica comparata¹³.

Insomma, lo spazio del diritto comparato, in quanto sapere critico, non può essere ricavato da riflessioni sugli oggetti, gli scopi e i metodi della materia condotte entro il ristretto perimetri dei suoi cultori. Se i giuscomparatisti utilizzano un punto di osservazione esterno al diritto per analizzarlo, lo stesso devono fare nel momento in cui riflettono su cosa sia il diritto e si interrogano sul perché e sul come compararlo. È anche questo un modo per tornare a essere utili, per impadronirsi nuovamente di una materia che non ha mai cessato di esserlo.

¹² Cfr. A. Somma, *Europa a due velocità. Postpolitica dell'Unione europea*, Reggio Emilia, Imprimatur, in corso di pubblicazione.

¹³ Su cui per tutti P.G. Monateri, *Geopolitica del diritto*, Roma e Bari, Laterza, 2013.



LE FUNZIONI DELLA COMPARAZIONE

TULLIO FENUCCI

Se ci si interroga sulle funzioni della comparazione oggi, viene naturale innanzitutto chiedersi cosa sia effettivamente la comparazione. Sembrerebbe infatti preliminarmente tentare di sgombrare il campo dal problema definitorio.

Gli studiosi da sempre si cimentano con un simile compito e si preoccupano di assumere posizione sul dilemma della natura del diritto comparato, se cioè esso sia una scienza o un metodo oppure l'una e l'altra cosa insieme¹.

Per molti è ormai assodata l'idea che la comparazione giuridica sia una scienza, cioè un insieme organico e sistematico di conoscenze; nondimeno pare potersi affermare che la comparazione giuridica sia innanzitutto un metodo, cioè un modo logico di procedere nella soluzione dei problemi, che viene utilizzato nello studio del diritto². Qualunque scienza, infatti, non può definirsi tale senza l'utilizzazione di uno o più metodi di indagine³.

Fondamentale per la comparazione giuridica sul piano metodologico è l'identificazione di tre aspetti essenziali: perché comparare, cioè la funzione della comparazione, cosa comparare, quindi l'oggetto della comparazione, e come comparare, cioè il metodo da utilizzare⁴.

Soffermandoci sulla funzione in particolare, quindi sul perché comparare, si può preliminarmente notare che la comparazione giuridica riguarda il raffronto e la valutazione di regole o istituti giuridici. Pertanto la comparazione giuridica è diretta a realizzare una migliore comprensione del modo in cui concretamente norme, istituzioni e più in generale sistemi giuridici funzionano o hanno funzionato. In tale ambito appare fondamentale sottolineare che la comparazione non si riferisce al raffronto tra formule normative operanti all'interno di un dato ordinamento giuridico ma tra ordinamenti giuridici differenti⁵.

La comparazione può definirsi come lo strumento attraverso il quale si rende più facile la comprensione dei singoli ordinamenti giuridici⁶. Regola fondamentale del diritto comparato è che non può effettuarsi alcuna comparazione tra elementi che di fatto non possono essere comparati e, pertanto, presupposto stesso della comparazione è che l'oggetto di studio possa essere comparato⁷.

¹ Per un riepilogo delle posizioni della migliore dottrina v. L. Pegoraro e A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 8-9. In proposito v. anche G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, IX ed., Torino, 2014, 1 ss.

² In merito v. anche G. Bognetti, *Introduzione al Diritto costituzionale comparato*, Torino, 1994, 71.

³ Sul metodo nel diritto comparato v., tra gli altri, P. Biscaretti Di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1974, 13 ss.; A. Pizzorusso, *Carlo Lavagna e la comparazione giuridica*, in F. Lanchester, *Il pensiero giuridico di Carlo Lavagna*, Milano, 1996, 176 ss.; R. Sacco (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980.

⁴ V. R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Padova, 2016, 47.

⁵ In proposito bisogna notare che, accanto al raffronto tra elementi particolari di ordinamenti giuridici differenti, gli studiosi di diritto comparato mirano anche a realizzare analisi comparative di carattere generale che prendono in considerazione le caratteristiche di ampio respiro di più ordinamenti o addirittura di sistemi intorno ai quali si raggruppano molteplici distinti ordinamenti: come è noto a tal proposito si discute rispettivamente di micro-comparazione e macro-comparazione; sul punto v. anche G. Bognetti, *Introduzione al Diritto costituzionale comparato*, cit., 89.

⁶ V. R. David e C. Jauffret-Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, a cura di R. Sacco, V ed., Padova, 2004, 1 ss. Inoltre v. F. Lanchester, *Gli strumenti della democrazia*, Milano, 2004, 9, secondo cui la comparazione in ambito giuridico costituisce un metodo indispensabile per l'analisi della complessità degli ordinamenti.

⁷ Sul punto v. L. Pegoraro, *Introduzione metodologica*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella e M. Volpi, *Diritto Pubblico Comparato*, V ed., Torino, 2016, 6.



Principio determinante in merito parrebbe essere quello della funzionalità: si può comparare solo quello che adempie la medesima funzione⁸. Infatti ogni società assegna al diritto la soluzione di problemi simili, affrontati in maniera diversa dai differenti sistemi giuridici.

Con queste premesse è ragionevole pensare che la comparazione sia possibile solo tra ordinamenti appartenenti alla stessa famiglia o sistema. A questo proposito è nota la querelle sulla possibilità di procedere alla comparazione tra istituti appartenenti ai diversi sistemi di *Civil Law* e di *Common Law*. In ogni modo sembrerebbe possibile accomunare gli ordinamenti di *Civil Law* a quelli di *Common Law* nella più generale categoria degli ordinamenti occidentali che, sia pur nella loro diversità, si riconoscono nei medesimi principi fondamentali, come il principio della separazione dei poteri⁹, quello rappresentativo o la tutela dei diritti fondamentali. Infatti tali ordinamenti sono storicamente accomunati dall'influenza che su di essi ha esercitato la dottrina politica del costituzionalismo¹⁰: su tale dottrina si fonda il modello dello Stato costituzionale, che è qualificato da una serie di caratteristiche essenziali, come ad esempio la tutela della dignità dell'uomo e della libertà della persona, la divisione dei poteri sia in senso orizzontale che verticale etc.

Alle origini della dottrina del costituzionalismo, anzi quale suo stesso simbolo¹¹, si rinvia l'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, secondo cui la società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata e la separazione dei poteri non è determinata non ha Costituzione. Con tale disposizione viene identificato il nucleo essenziale primordiale di ogni sistema costituzionale. Il sistema costituzionale liberale, in particolare, si fonda sulla garanzia dei diritti e la separazione dei poteri. Questi ultimi si pongono come idee universali che costituiscono la traduzione in principi e regole giuridiche di verità preesistenti alla volontà di qualunque legislatore¹².

Pertanto proprio una simile comunanza originaria potrebbe giustificare l'eventuale comparazione tra ordinamenti appartenenti a sistemi giuridici diversi. Il citato articolo 16 può costituire il punto di partenza sul quale costruire un comune nucleo essenziale, fondato appunto sulla tutela dei diritti umani e sui principi ad essa collegati. Perciò i diversi sistemi costituzionali democratici possono considerarsi accomunati da un nucleo minimo essenziale di diritti che costituisce il patrimonio irretrattabile di ciascun individuo, suscettibile di essere riconosciuto e garantito anche al di là dei confini di un singolo Stato¹³. Su queste basi la comparazione giuridica, in una prospettiva più specificamente costituzionalistica anche se non necessariamente ristretta in tale ambito, può svolgere una funzione unificante e unificante del diritto a livello globale.

⁸ Sul punto v. K. Zweigert e H. Kötz, *Introduzione al Diritto Comparato. I, Principi fondamentali*, Milano, 1998, 37 (titolo originale *Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 1: Grundlagen*, Tübingen, 1984).

⁹ Sul punto v. P. Ridola, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine e G. F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, II ed., Roma-Bari, 2017, 749, che ricorda che il principio della separazione dei poteri, già presente nel pensiero politico classico e medievale, è stato alimentato dalla polemica contro l'assolutismo monarchico e dall'osservazione del complesso equilibrio tra Re, Camera dei Lords e Camera dei Comuni sviluppatosi nell'ordinamento inglese; l'elaborazione di tale principio agli albori del costituzionalismo è, come è noto, dovuta a Locke e a Montesquieu.

¹⁰ A tal proposito v. P. Ridola, *Il costituzionalismo: itinerari storici e percorsi concettuali*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Torino, 2005, 293, secondo cui il termine costituzionalismo deve essere riferito alla dottrina politica e costituzionale che costituì lo sfondo delle grandi rivoluzioni borghesi avvenute tra il XVII e il XVIII secolo e che impose i diritti individuali e i principi della limitazione e della divisione del potere come fondamento di radicali trasformazioni degli ordinamenti politici in Europa e nell'America del nord.

¹¹ V. Q. Camerlengo, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007, 100 ss. V. in merito anche F. Modugno, Voce *Costituzione I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 3.

¹² V. V. Onida, *La Costituzione*, Bologna, 2004, 10.

¹³ V. sul punto Q. Camerlengo, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, cit., 112 ss.



Bisogna notare che la comparazione ha come risultato diretto la conoscenza di somiglianze e differenze che sussistono tra gli oggetti comparati¹⁴. Si tratta di una forma di conoscenza aggiuntiva rispetto a quella dei singoli ordinamenti e dei loro dati storici, che però è indispensabile e prodromica alla possibilità di effettuare l'operazione intellettuale della comparazione giuridica. Peraltro la migliore comprensione dell'ordinamento interno è favorita proprio dal confronto con altri ordinamenti, visto che soltanto attraverso l'osservazione di somiglianze e differenze sembra si possa comprendere pienamente qual è il concreto significato e ambito di efficacia delle norme di un ordinamento dato.

Perciò, volendo predisporre una possibile classificazione, tra gli obiettivi teorici perseguiti dal diritto comparato va considerato forse primariamente proprio il contributo dato alla migliore comprensione del diritto nazionale, sebbene non esista davvero alcun motivo per stabilire una gerarchia tra i diversi possibili scopi del diritto comparato¹⁵.

Altro importante scopo teorico della comparazione, talvolta ritenuto il principale¹⁶, è l'acquisizione di nuove conoscenze, che possono provenire dall'analisi dei diritti stranieri o del medesimo ordinamento di provenienza del ricercatore. In effetti la conoscenza è la premessa necessaria per l'utilizzazione delle risultanze derivanti dallo svolgimento dell'analisi comparatistica e per un positivo scambio di conoscenze, consentendo anche migliori relazioni tra individui provenienti dai paesi oggetto di comparazione. L'acquisizione della conoscenza viene così ritenuta prodromica alla comprensione dei diversi elementi dell'ordinamento e degli stessi termini da comparare, attività preliminare a quella di comparazione in senso stretto¹⁷.

Altrettanto importante appare comunque anche una terza funzione della comparazione, quella cioè di contribuire all'educazione e alla formazione del giurista interno.

Sul piano pratico la comparazione ha ormai acquisito un ruolo fondamentale nella ricerca scientifica di tipo dottrinario, tramite il confronto con modelli derivanti da diritti stranieri.

Naturalmente le funzioni pratiche della comparazione vanno ben al di là della mera ricerca scientifica.

Infatti il diritto comparato fornisce innanzitutto un apporto importante all'interpretazione del diritto, laddove, fra i possibili significati delle disposizioni legislative o di altro materiale normativo, si deve procedere alla scelta del più adatto e funzionale all'ordinamento giuridico considerato; in un simile caso i modelli stranieri possono essere illuminanti. Se l'interprete per eccellenza è il giudice, giocoforza si deve concludere che nell'ambito della normale attività giudiziale oggi, alla luce della crescente interrelazione tra gli ordinamenti del mondo globalizzato, un ruolo molto importante svolgono le indagini comparatistiche. Peraltro la comparazione può svolgere un ruolo importante anche nella concreta preparazione dei materiali di cui poi il giudice si avvale nello svolgimento della sua attività.

Le indagini comparatistiche possono essere utilizzate anche da funzionari amministrativi o dal legislatore, quale ausilio alla redazione di testi normativi. A tale ultimo fine nei Parlamenti sono istituiti appositi uffici che analizzano le esperienze sperimentate in altri ordinamenti.

Di particolare evidenza è altresì l'utilizzazione della comparazione giuridica negli ordinamenti delle organizzazioni internazionali o allo scopo di elaborare trattati o convenzioni internazionali.

¹⁴ V. G. Bognetti, *Introduzione al Diritto costituzionale comparato*, cit., 90.

¹⁵ V. in tal senso A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1995, 143.

¹⁶ V. R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., 17.

¹⁷ V. R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., 102 ss.



Per concludere, richiamandosi a quanto affermato in merito alla funzione unificante tra ordinamenti appartenenti a famiglie diverse svolta dalla comparazione (o, se si vuole, come già osservato, più specificamente dal diritto costituzionale comparato anche se non necessariamente solo da esso) sulla scorta dell'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del cittadino del 1789, pietra angolare del moderno costituzionalismo, si può provare a proiettare i principi contenuti in tale disposizione nella prospettiva del costituzionalismo globale e, in tal modo, favorire lo sviluppo della funzione che forse rappresenta la nuova frontiera della comparazione giuridica, che senz'altro non va limitata alla prospettiva pubblicistico-costituzionale, cioè lo sforzo di comprendere la complessità dei fenomeni che si dipanano a livello internazionale, con le loro ricadute negli ordinamenti interni, nell'epoca della globalizzazione¹⁸.

¹⁸ In merito v. anche R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., 111 ss.



CIVIL LAW, COMMON LAW, MIXED LAW? LE NARRAZIONI DELLA COMPLESSITÀ GIURIDICA IN LOUISIANA

BIAGIO ANDÒ

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Rappresentazioni “interne” dell’ibridità: dal “*today Louisiana is a common law state*” di IRELAND al “*back to the civilian tradition*” di BARHAM. -3. Conclusioni.

1. Oggetto di queste riflessioni è un’esperienza di “diritto misto” analizzata attraverso le rappresentazioni della sua ibridità date dai giuristi autoctoni.

Il diritto della Louisiana è correntemente qualificato “misto” per il suo situarsi stabilmente al crocevia delle tradizioni di *common* e *civil law*. L’ibridità giuridica di cui esso è il prodotto è frutto della sua storia complessa, esito di una stratificazione derivante dalla sua storia coloniale – risalente nel tempo – di territorio controllato da potenze europee continentali (Francia e Spagna), e successivamente (agli inizi del diciannovesimo secolo) entrato nell’orbita statunitense.

Questo diritto è considerato derivazione da modelli «originari» dotati di tratti identitari nettamente differenziati. E’ a tal riguardo necessario allora individuare quali siano in questi contesti i «luoghi deputati alla mediazione». Fuor di metafora, quali strategie vengano adottate (e da chi) per assicurare la compatibilità e coesistenza delle diversità. Un osservatorio dell’ibridità è per l’appunto costituito dalle rappresentazioni della «bigiuralità» del diritto della Louisiana ad opera dei giuristi autoctoni.

Le ricostruzioni operate dai giuristi *louisianian* delle traiettorie seguite dal loro sistema nell’alveo delle polarità costituite dalle tradizioni di *common* e *civil law* sembrano, allo sguardo d’un osservatore distratto, mere descrizioni di processi storici compiuti che hanno condizionato l’evoluzione del diritto vigente; al di fuori di questo contesto, dunque, potrebbero sembrare scarsamente significative, perché ritenute prive di utilità immediata.

Gli strumenti di analisi del comparatista consentono di cogliere le implicazioni profonde di queste rappresentazioni, nella misura in cui ne consentono una contestualizzazione, così rivelandone il punto di vista sotteso. Queste rappresentazioni, infatti, nel tratteggiare “prossimità” o “distanza” del sistema giuridico analizzato rispetto alle tradizioni di riferimento, esprimono sentimenti di appartenenza o di alterità che consentono una comprensione “situata” di queste ultime. Esse non sono il riflesso di una realtà obiettiva, dovendosi comprendere alla stregua di un prodotto intellettuale “creato” da coloro che lasciano intendere di voler procedere ad una mera ricognizione di un *quid* preesistente all’analisi proposta.

Si tratta allora di comprendere quali fattori giochino nella produzione di questi artefatti culturali, chi o cosa ne sia la causa efficiente, chi o cosa ne abbia il controllo, e per quali motivi. Proprio su questo terreno il diritto comparato può offrire un contributo rilevante nello svelare quali visioni del mondo producano le (o, meglio, siano implicate dalle) raffigurazioni in oggetto e quali obiettivi (se pratici o di mera conoscenza) siano a queste sottese, proprio per la consapevolezza che anima i cultori di questa disciplina che ciò che il giurista fa non è “descrivere” quanto “costruire” la realtà (normativa).



2. Una chiave di comprensione di come i giuristi in Louisiana intendano l'ibridità del loro sistema può rinvenirsi nelle rappresentazioni con cui essi misurano la "vicinanza" / "lontananza" di questo dalle tradizioni che ne puntellano l'identità. Il "luogo" in cui il sistema è "situato" è raffigurato ora come l'esito di un "conflitto" fra le tradizioni, conclusosi con la "vittoria" della tradizione di *common law* sull'antagonista, definitivamente sconfitto¹, e maturata grazie alla sempre maggiore "compressione" dello "spazio vitale" di quest'ultimo²; ora come il risultato "composito" di una congerie di influenze che hanno dato vita ad un prodotto originale, insuscettibile di essere ricondotto alle tassonomie consolidate³; ora, come il prodotto di una reazione del contendente, in precedenza sotto scacco, che ha trovato le energie per continuare lo scontro (e forse invertirne a proprio favore l'esito che sembrava oramai irrimediabilmente compromesso)⁴.

La raffigurazione di evoluzioni/trasformazioni dell'ordinamento – associate ad eventi "memorabili" – si esprime attraverso immagini evocative quali la scomparsa della tradizione *civilian*, lo spostamento del baricentro del sistema sul "versante" della *common law*, o, all'opposto, la *renaissance* del mondo *civilian* dopo un periodo di crisi. Il senso delle ricostruzioni che si passeranno in rassegna non può intendersi come l'esito di un processo evolutivo lineare che s'articola secondo il metro della successione diacronica, così che ogni epoca esprimerebbe una determinata sensibilità intercettata dalle riflessioni di quegli autori che in essa vivono e operano. Ciò che dall'esterno si osserva è invece che autori che scrivono a notevole distanza l'uno dall'altro siano sulla stessa "lunghezza d'onda"; e che giuristi operanti nello stesso periodo esprimano valutazioni sul proprio diritto sensibilmente diverse.

Nel 1937, IRELAND affermava, ad esito di un'analisi sull'incidenza delle tradizioni di *civil* e *common law* sull'evoluzione del proprio sistema, che la Louisiana "is today a common law State"⁵. Tale analisi era suffragata da una puntuale disamina dei settori dell'ordinamento che erano oramai stati attratti nell'orbita del *common law*. Una nuova epoca s'era oramai avviata, e s'imponeva pertanto "a new appraisal of the true situation, refusing longer to accept unquestioningly the traditional declarations and disregarding the romantic prejudices of an affectionate predilection, to judge only from the actual presented acts"⁶.

IRELAND pertanto dichiarava solennemente che fosse giunto il tempo di dire addio alle "traditions of the past [di civil law], try to fall in step with my neighbours, and hope that they will eventually forget the difference of origins and admit my jurisprudence and my new precedents to as great weight in our common affairs as those of all the others of the family"⁷.

¹ A.N. YIANNPOULOS *Louisiana civil law: a lost cause?*, 54 Tulane L.Rev. 830 (1980).

² Si veda ad esempio A.J.REEVES, *The common law state of Louisiana*, 2 Tulane Civ.L.For. 1 (1974): "While Louisiana is a uniquely independent state, blessed with a heritage distinctly different from the rest of Anglo-America, the influence of the united States common law litigation is overwhelming. Today the ascendancy of civilian tradition in Louisiana has almost entirely vanished. The civilian caste is nothing but a shadow of itself" (p.24). La preservazione di quanto di *civilian* resta è possibile solo a patto di riconoscere che l'evoluzione appena tratteggiata s'è compiuta: "[If] we try to ignore facing up to this common law replacement or deny its implications, the civilian tradition in Louisiana will be irretrievably lost to the slow encroachment of common law cases – and more cases" (p.36).

³ P.CRABITES, *Louisiana not a civil law state*, 9 Loyola L.J. 51 (1928).

⁴ M.E.BARHAM, *A renaissance of the civilian tradition in Louisiana*, in J.DAINOW, *The role of judicial decisions and doctrine in civil law and in mixed jurisdictions*, Baton Rouge, 1973, pp.38-68.

⁵ G.IRELAND, *Louisiana's legal system reappraised*, 11 Tulane L.Rev. 585 (1936-1937), a p.596. Si è scelto quale punto di partenza dell'analisi l'articolo di IRELAND perché ad esso deve riconoscersi il ruolo di fattore propulsore di un *Great Debate* che impegnerà la comunità dei giuristi nello Stato americano per lungo tempo e che ancor oggi è ricordato.

Nello stesso senso di IRELAND, quasi quarant'anni dopo, A.J.REEVES, *The common law state of Louisiana*, cit.

⁶ Ibid.

⁷ Ivi p.598.



La conclusione di IRELAND circa la “trasformazione” della Louisiana in un ordinamento di *common law* sembra reggersi su dati oggettivi e, in quanto tale, incontrovertibili: quello di una vittoria rotonda di quest’ultima tradizione su quella di *civil law*, della quale costituirebbe riprova emblematica la recezione in Louisiana della *doctrine* dello *stare decisis*⁸.

La tesi secondo cui la Louisiana non fosse più espressione *pura* della tradizione di *civil law* già in precedenza aveva trovato convinti assertori. Era diversa però la prospettiva che ne animava l’analisi; il diritto *louisianian* non era “situato” sulla sponda del *common law*, dovendosi riconoscere ad esso una fisionomia originale, non riconducibile cioè ad alcuna delle tradizioni che ne erano alla base. Un ibrido, appunto.

Fotografa in modo esemplare questo orientamento il seguente passaggio: “[i]t is, therefore, inaccurate for us to proclaim that Louisiana is a great civil law state. It is not. It may have been before the Civil War. We have been caught in the American maelstrom, the only salvage that remains is a Louisiana incrustation which has in it something of the Civil Law, and something of the Common Law, which after all is an *uncatalogued creation*, but a viable institution because it typifies the composite genius of the soul of the true Louisianian”⁹. Nell’immagine prescelta, il riconoscimento della natura costitutiva del mix prelude necessariamente al riconoscimento di una *peculiarità*, di una «via giuridica» propriamente *louisianian*, insuscettibile pertanto di essere risolta senza residui nei modelli che ne strutturano la genealogia.

Altra cosa è affermare che un ascendente ha conquistato una posizione di egemonia sull’altro, provocandone sostanzialmente la scomparsa. E’ necessario allora indagare più a fondo su ciò che ispira le conclusioni di IRELAND: egli intendeva *descrivere* un processo a suo avviso «realmente» compiutosi, e cioè uno spostamento del baricentro del sistema dalla sponda di *civil* a quella di *common law*? E in questo caso, quale rilievo egli ascriveva a questa sua descrizione? La sua indagine era cioè mossa da finalità di conoscenza o pratiche, e in questo secondo caso quali? Innanzitutto, consideriamo l’ipotesi che l’intento di IRELAND fosse quello di offrire al lettore una descrizione fedele del proprio sistema¹⁰.

A prima vista, l’analisi da questi proposta pecca di accuratezza; di più, sembra di poter cogliere in essa autentiche forzature. Per esempio, laddove a sostegno della qualificazione dell’ordinamento come *offspring* della tradizione di *common law*, asserisce che la Suprema Corte della Louisiana abbia adottato la *doctrine* del principio dello *stare decisis* sin dal caso *Smith v. Smith*¹¹, pronuncia a cui nel ragionamento condotto si assegna la funzione di snodo decisivo della trasformazione della Louisiana in un *common law state*. IRELAND dà nome di *stare decisis* ad una prassi stabilmente osservata dal giudiziario in Louisiana, che, pur tenendo in grande considerazione il precedente, non riconosce ad esso efficacia vincolante¹².

⁸ In questo senso, già F.K.BEUTEL, *The place of Louisiana jurisprudence in the legal science of America*, 4 Tulane L. Rev. 70 (1929-1930).

⁹ P.CRABITES, *Louisiana not a civil law state*, cit., p.52.

¹⁰ A riprova del fatto che le ricostruzioni dei rapporti fra diritto *louisianian* e tradizioni giuridiche che ne costituiscono il fondamento non possono comprendersi come riflesso dello spirito dell’epoca (e cioè di uno spirito coerente e unitario), si consideri la replica data a Ireland da Greenburg nello stesso numero della rivista (L.GREENBURG, *Must Louisiana resign to common law?* 11 Tulane L. Rev. 598 1936-1937). Questo autore, pur riconoscendo la correttezza della ricostruzione di IRELAND circa la progressiva scomparsa della cultura di *civil law* in Louisiana, osservava che tale processo di trasformazione non era necessariamente irreversibile. Sulle riflessioni di IRELAND, una posizione nettamente critica viene espressa a breve distanza da R. L. TULLIS, *Louisiana’s legal system reappraised*, 12 Tulane L. Rev. 108 (1937-1938), che ritiene erronee le affermazioni del primo, nella misura in cui viene trascurato il rapporto di filiazione che lega il diritto *louisianian* al diritto romano.

¹¹ *Smith v. Smith* [1839] 13 La. 441. Fra gli argomenti citati da IRELAND a sostegno della propria tesi, quello dell’adozione della *doctrine* dello *stare decisis* è quello di maggiore rilievo.

¹² La questione accennata nel testo richiederebbe un lavoro *ad hoc*. In questa sede, possono solo formularsi sintetiche considerazioni. Secondo la prassi richiamata nel testo, correntemente denominata *jurisprudence constante*, una regola giuridica è ritenuta vigente dalle corti in quanto osservata in modo costante in una serie di pronunce. Essa è tenuta in massima considera-



Quanto questo autore afferma sul terreno delle fonti, nel passato demarcatore sistemologico di cruciale importanza ai fini della distinzione fra *civil* e *common law*, se dettato da fini puramente conoscitivi¹³, ingenera perplessità nel lettore odierno. Il rilievo dirimente assegnato al precedente non sembra infatti rispondente all'atteggiamento che al riguardo contrassegnava la coeva cultura giuridica statunitense, che declinava l'intensità del vincolo individuato dal precedente con una flessibilità di gran lunga maggiore di quella che caratterizzava la teoria dichiarativa nel *common law* inglese¹⁴.

Per queste ragioni, non sembra seriamente sostenibile che IRELAND sia mosso da un puro interesse scientifico, conoscitivo¹⁵. Mal si concilia con questo intento l'andamento assertivo che rappresenta la cifra stilistica dell'articolo. E del resto, le perplessità che una siffatta ricostruzione suscita non sono però solo il frutto della distanza che separa il tempo presente dall'epoca in cui il *reappraisal* è stato pubblicato, come risulta evidente dalle critiche penetranti coeve (e sulle quali si tornerà in chiusura) mosse a questa tesi¹⁶.

Occorre allora considerare l'ipotesi che la sicura affermazione di una trasformazione intervenuta – della quale il ricorso al “simbolo” dello *stare decisis* è parte strategica – sia

zione dalla Suprema Corte, che così persegue un punto d'equilibrio fra due istanze – stabilità (dell'orientamento giurisprudenziale creatosi a margine di una determinata questione) e mutamento del diritto vigente – evidentemente non considerate *a priori* inconciliabili. La possibilità del superamento di una regola consolidata è ancorata al presupposto della dimostrazione della sua inadeguatezza a governare in modo soddisfacente la questione che ad essa fa da sfondo. In questo caso, perpetuare l'osservanza d'una regola inadeguata comporterebbe effetti indesiderabili: per questa ragione è pacifico il riconoscimento della possibilità di un suo superamento a favore di un principio diverso ritenuto corretto, affermato in discontinuità con l'orientamento pregresso. Questa prassi si distingue da quella del precedente sotto un duplice profilo. Da una parte, una sola pronuncia non è sufficiente ad integrare gli estremi della *jurisprudence constante*, occorrendo a tal uopo una molteplicità di pronunce; dall'altra, questa dottrina presenta un grado maggiore di flessibilità rispetto allo *stare decisis*, in quanto consente alla corte margini di libertà più ampi di discostarsi dal precedente. In sintesi, può cogliersi il senso della *jurisprudence constante* nel suo collocarsi in una zona intermedia fra *applicazione* e *produzione del diritto*, nel senso che essa integra una «misura intermedia» fra la decisione del singolo caso concreto – che individua il campo proprio del *giudice che applica la legge* – e l'attività di regolamentazione generalizzante preventiva di una pluralità di casi dello stesso genere, che rappresenta l'ambito tipico del legislatore.

Alla luce di quanto appena osservato, sembra alquanto singolare che IRELAND invochi come precedente che attesterebbe la trasformazione della Louisiana in un “common law state” proprio Smith *v.* Smith. In questo caso, il giudice Martin richiama chiaramente la prassi della *jurisprudence constante* quando affermava che “more than one decision of the supreme judicial tribunal is required to settle the jurisprudence on any given point or question of law”, negando recisamente che il precedente isolato potesse avere forza vincolante.

¹³ Ai quali potrebbero essere ispirate le riflessioni di un osservatore esterno come H.F. JOLOWICZ, *The civil law in Louisiana*, 29 Tulane L. Rev. 491 (1954-1955), che in questi termini tratteggia il percorso evolutivo della *civil law* in Louisiana: “[I]n the first half of the nineteenth century it may thus be said that on the whole the civilian party among the lawyers had the upper hand. But [...] the position of the civil law had been menaced and the influx both of lawyers trained in the common law and of legislation on Anglo-American lines continued [...] By the end of the nineteenth century, the civil law had certainly lost much ground, and it continued to do so in the early part of the twentieth” (p.496). Sulle ragioni della crescente influenza del *common law* in Louisiana all'epoca in cui scrive, J. ricorre a spiegazioni ispirate ad un paradigma inequivocabilmente funzionalista (“[i]n some ways common law influence seems to be still increasing. *The social problems that arise are similar to those in other states, and similar statutes are passed to solve them*, ivi, corsivi aggiunti).

¹⁴ Al riguardo senza pretesa di esaustività, M. RADIN, *Case law and stare decisis: concerning präjudizienrecht in Amerika*, 33 Columbia L.Rev. (1933) 199. Quanto al valore del precedente, riconosce l'autonomia del *common law* statunitense (e una sempre maggiore vicinanza alla posizione *civilian*, A.L. GOODHART, *Case law in England and America*, 15 Cornell L.Rev. 173 (1930) dall'inglese (caratterizzato da una declinazione rigorosa del vincolo discendente dal precedente: A.L. GOODHART, *Precedent in English and continental law*, London, 1934, pp. 8-9).

¹⁵ Su questo terreno, in senso critico, A.N. YIANNPOULOS, *Louisiana civil law: a lost cause?*, cit., 835: “an impartial observer would object to the criteria Ireland used to distinguish between civil law and common law and to classify the Louisiana legal system within the orbit of the common law. Indeed, such an observer would be inclined to regard Ireland's essay as a plea for realism in the choice of legislative policy for the state rather than as a valid description and classification of Louisiana's legal system”.

¹⁶ H. SPILLER DAGGETT, J. DAINOW, P. M. HEBERT, H. G. MCMAHON, *A reappraisal appraised: a brief for the civil law of Louisiana*, 12 Tulane L. Rev. 12 (1937-1938).



orientata, proprio in ragione delle suggestioni che esso evoca, a finalità persuasive. Se si ipotizza che l'intento era quello di orientare, di persuadere, a quale *audience* l'autore intendeva rivolgersi, e a quali fini?

Risposte ai quesiti posti possono provenire dalla lettura di altri autori che condividono la medesima narrazione. La perentorietà che punteggia l'intervento di IRELAND si ritrova a distanza di cinquanta anni in un saggio scritto da un giudice della corte suprema, DIXON¹⁷, il quale, dopo aver sin dalle prime battute data per pacifica l'assimilazione dell'ordinamento giuridico della Louisiana al diritto statunitense (quantomeno a far data dall'introduzione del codice del 1825), sottopone a severa critica quanti ancora sostengono che la Louisiana sia una "mixed jurisdiction influenced by both the common law and the civil law"¹⁸. L'accostamento fra IRELAND e DIXON non si giustifica solo per l'affinità delle posizioni sostenute, ma anche per lo stile adottato: entrambi presuppongono nel loro ragionamento uno stato delle cose assolutamente pacifico.

Nella riflessione di DIXON ciò che non rientra nella visione della realtà da egli proposta è semplicemente accantonato come dato d'importanza secondaria; che la Louisiana sia un "common law state" è fatto che non può essere smentito.

Un passaggio da egli dedicato al codice civile sembra al riguardo indicativo. Dopo aver rilevato che "[T]he articles of the Civil Code are simple acts of the legislature and can be amended by any subsequent legislative act adopted by a simple majority", DIXON rivela tutta la propria perplessità a fronte del fatto che "the Civil Code is treated, both by the legislators and by the courts and lawyers, with much greater respect than are other statutory materials"¹⁹.

Il sistema si sarebbe dunque sviluppato abbandonando l'ibridità delle origini, e divenendo un sistema *monojural* di *common law*²⁰. Questa tradizione giuridica rappresenterebbe ciò che l'ordinamento è nel *presente*; il *civil law* sarebbe consegnato inesorabilmente al *passato*.

Il tono assertivo che caratterizza i due scritti lascia pensare che essi siano mossi dall'intento di perorare una causa. Quale causa? Non sembra infondato ipotizzare che alla base dell'intervento di IRELAND vi sia l'esigenza di garantire l'armonizzazione del diritto *louisianian* al diritto statunitense vigente a livello federale e negli altri stati²¹. La necessità di rappresentare come incontrovertibile la condizione di *common law state* che caratterizzerebbe la Louisiana sarebbe tanto più urgente quanto più è avvertita la potenziale minaccia arrecata all'unità del diritto a livello federale dalla peculiarità del sistema giuridico *louisianian* derivante dal suo situarsi al crocevia di due tradizioni giuridiche diverse.

In quel torno di anni, infatti, la Corte Suprema federale era intenta a porre in essere una strategia di governo delle spinte centrifughe prodotte dalle giurisdizioni statuali in ragione della diversità dei rispettivi sistemi attraverso un ampliamento dello spettro della sua

¹⁷ J.A.DIXON JR., *Judicial method in interpretation of law in Louisiana*, 42 Louisiana L.Rev. 1661 (1982), 1661.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Pp.1662-1663. Queste parole riecheggiano quasi alla lettera quello che G. IRELAND, *Louisiana's legal system reappraised*, cit., p.596, sosteneva: "the Civil Code was theoretically the basis for all the substantive law of Louisiana [...] it is now after all only a legislative statute to be construed and applied when there is no local decision in point" (corsivi aggiunti).

²⁰ Più sfumato il giudizio – nel senso della prevalenza della tradizione di *common law* sull'altra, che tuttavia non ne determina la scomparsa – di A. TATE, *The role of the judge in mixed jurisdictions: the Louisiana experience*, in J. DAINOW (ed.), *The role of judicial decisions and doctrine*, Baton Rouge, 1974, p.23: "Louisiana is a mixed jurisdiction: our basically civilian tradition has been partly overlaid and replaced by Anglo-American common law".

²¹ Questa ipotesi sembra trovare conferma in un saggio scritto nello stesso periodo da cui risulta chiaramente che l'esigenza di garantire uniformità del diritto a livello federale fosse un problema la cui urgenza era nitidamente percepita: sulla questione, M.FRANKLIN, *Equity in Louisiana: the role of article 21*, in 9 Tulane L.Rev. (1935) 485, spec. p. 505.



giurisdizione. Uno degli strumenti di questa politica di centralizzazione era rappresentato, com'è noto, dalla figura del *federal common law*²².

Sullo sfondo del saggio di DIXON sembra operare il timore che il processo di rinascita annunciata della tradizione di *civil law* (che grosso modo ha abbracciato il periodo intercorrente fra gli anni '30 e gli anni '60 del secolo scorso) potesse incidere sulla stabilità del sistema dipendente dal suo grado di omogeneità al diritto degli altri stati della federazione. Orbene, qualora si ritenga fondata questa chiave di lettura, gli interlocutori dei due giuristi sarebbero le corti nella misura in cui esse ricorrano a fonti *civilian* (estranee al diritto statunitense), determinando l'allontanamento del sistema giuridico *louisianian* dai *sister states* statunitensi.

Questi sono i possibili obiettivi immediati che muovono IRELAND e DIXON. Ma ciò che più interessa è la cornice nella quale s'inscrive la loro visione dei rapporti fra le tradizioni in oggetto. Occorre estendere l'analisi ad altri autori che giungono a conclusioni opposte a quelle di IRELAND e DIXON.

In netto contrasto con la visione di IRELAND secondo cui la Louisiana era diventata un "common law state", il giudice BARHAM affermava – con lo stesso vigore del primo – la "rinascita" della tradizione *civilian* in Louisiana²³.

L'autore riconosce che a dispetto della tradizione *civilian* nella quale si colloca lo stato del sud – tradizione caratterizzata dal rilievo primario accordato alla legislazione nel sistema delle fonti²⁴ – il precedente giudiziario ha acquisito sempre più peso²⁵. Ma non tutto è perduto: la protezione dell'anima *civilian* è assicurata dalle *law schools* – che assolvono ad una funzione di traino nel guidare l'evoluzione del sistema²⁶ – e dalle traduzioni di opere di au-

²² Occorre ricordare che la Corte Suprema federale aveva evocato l'esistenza del *federal common law* con il non tanto recondito fine di assicurare una compressione della competenza delle corti statali (mediante un'interpretazione restrittiva delle legislazioni adottate a questo livello) a tutto vantaggio delle corti federali. Attraverso questo concetto, la Corte mirava ad ovviare all'incertezza sul diritto applicabile nel caso in cui la competenza dei giudici federali fosse fondata su "ragioni soggettive", e cioè relative alle parti della controversia (questo è il caso delle controversie di cui siano parti ambasciatori, ministri o consoli; gli Stati Uniti; due Stati; un cittadino e uno straniero), laddove nell'ipotesi in cui i giudici federali fossero competenti per "ragioni di materia", era prevista l'applicazione del diritto federale. Per il diritto vigente all'epoca, il Congresso era incompetente a legiferare nei casi in cui i giudici federali fossero competenti per ragioni soggettive; al riguardo, il *Judiciary Act* del 1789 prevedeva che i giudici federali dovessero applicare "the laws of the several states". La corte suprema federale aveva interpretato il termine "laws" come legge in senso formale; con la conseguenza che qualora lo Stato non avesse disciplinato con legge il caso devoluto alla cognizione delle corti, esso doveva essere governato dal *federal common law*. Al riguardo per una ricostruzione dei termini della questione, A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2008, pp. 156-159.

²³ M. E. BARHAM, *A renaissance of the civilian tradition in Louisiana*, cit.

²⁴ M. E. BARHAM, *A renaissance of the civilian tradition*, cit., p. 43: "[C]ommon to all civil-law systems is the fundamental tenet that legislative expression is the primary source of law, and common to all civil-law systems now is the comprehensive written and integrated basic text of that legislative expression".

²⁵ M. E. BARHAM, *A renaissance of the civilian tradition*, cit., p. 39: "Under our code and through the historical civilian tradition, jurisprudence is not a major source of law, yet it has been and it remains such in reality. Perhaps to a greater degree than in nonmixed jurisdictions, the belief in jurisprudence as a primary source of law is embedded in the minds of many of the judiciary and the practicing bar of Louisiana. Though we may really believe that legislation is the primary source of law, we practice under the principle that jurisprudence is a major source of law".

²⁶ Ibid.: "The law schools have played a dominant role in bringing lawyer, legislator, teacher, and judge back to the civilian tradition in Louisiana". Nello stesso senso, K.M. MURCHISON, *The judicial revival of Louisiana's civilian tradition: a surprising triumph for the American influence*, 49 Louisiana L. Rev. (1988) 3: "The initial efforts to revitalize the civil law were associated with efforts to improve legal education in the state during the first third of the twentieth century". In questo solco s'inscrivono le riflessioni di K. VENTURATOS LORIO, *The Louisiana civil law tradition: archaic or prophetic in the twenty-first century?*, 63 Louisiana L. Rev. 1 (2002-2003). La questione al centro dell'attenzione della studiosa è se la *civil law* abbia carattere "archaic" (abbia cioè un valore solo per la comprensione del passato) o "prophetic" (abbia cioè utilità non solo per il presente ma anche per il futuro). Lorio conclude in questo secondo senso, ravvisando il punto di forza della *civil law methodology* nel suo essere "adaptable to constant change" (p. 19). Sotto il profilo tecnico, l'obiettivo della flessibilità delle norme di diritto privato ispirate alla



tori europei appartenenti alla tradizione *civilian* che hanno contribuito in misura significativa a rivitalizzarne l'ascendente nell'ambito dell'ordinamento *louisianian*.

Il rilievo accordato alla legislazione non avrebbe necessariamente come esito un giudice “automa”, mera *bouche de la loi*; ciò che in realtà i giudici fanno è decidere secondo ragionevolezza. E questa ragionevolezza si mostra sovente nella veste della discontinuità rispetto alla “prior jurisprudence”. Lo stereotipo che riduce l'attività del giudice *civilian* a mero strumento di garanzia della fedele applicazione della legge affonda le proprie radici nella “anxiety for certainty under the law”, che accomuna “lawyers” e “laymen”²⁷.

E' espressione propria della *civilian methodology* ammettere che la fedeltà dell'interprete al testo legislativo non impone un acritico ossequio nei confronti di quest'ultimo; pertanto, in alcune ipotesi il giudice potrà discostarsi dalla soluzione che discende pianamente dalla lettera del testo (così come dalla riflessione dottrinale) e conformarsi all'orientamento giurisprudenziale pregresso, ed in altre invece superare un orientamento giurisprudenziale consolidato quand'esso non rifletta la *ratio* della “statutory law”²⁸. La cifra d'un metodo autenticamente *civilian* consisterebbe allora in una soluzione “fitted to the problem-solving required in the particular cases”²⁹. BARHAM non sostiene che la discrezionalità del giudice debba essere illimitata; non è però *prima facie* evidente in positivo quale fattore giochi il ruolo di vincolo dell'attività decisionale posta in essere dalla corte, cosa impedisca una deriva incontrollata della decisione. Anche su questo si tornerà a conclusione di questa breve rassegna.

Fra le indagini dedicate al rilievo delle tradizioni di *civil* e *common law* in Louisiana, si segnala quella sopra menzionata di Yiannopoulos per il tentativo di chiarezza terminologica che ne è alla base. L'autore distingue il significato che la locuzione *civil law* ha qualora sia usata come connotazione di “jurisdiction” per indicare una determinata “methodology” o “terminology” da quello che essa assume quando è impiegata come connotazione di “system” per indicare uno specifico corpo di regole poste dal legislatore.

Nel primo, di più ampio respiro, essa evocherebbe una specifica genealogia, caratterizzata dal processo di lunga durata a base sapienziale che inizia nel medioevo e si articola, nel tempo, fino al diciannovesimo secolo. Sarebbero di *civil law*, dunque, quei “legal systems which, especially in their methodology and terminology, were shaped decisively by Roman law scholars from the middle ages to the nineteenth century”³⁰.

Nel secondo, esprimerebbe una specifica dimensione del diritto positivo: il diritto privato regolato dal codice civile. La presenza del codice civile segnalerebbe l'esistenza di

civil law può essere garantito evitandone una formulazione eccessivamente dettagliata (“[C]ode articles should not, by necessity, be too specific, but rather should reflect general principles which could be applied to later developing situations”, p.18).

²⁷ Val la pena riportare un passaggio delle considerazioni di BARHAM che si è tentato di sintetizzare sopra nel testo: “Here in Louisiana [...] the judge, the lawyer, and the layman all like to believe that a judge makes a judicial determination simply by applying “the law” which the legislator has enacted to the case before him. *Actually, there is no invariable single judicial process which assures that a judge will be led not only to “the law” but also to a logical and reasonable application of that legislative expression to the facts and circumstances of the case he must decide.* [...] The concept of the judge’s role as purely mechanical or functional is largely formed through both lawyers’ and laymen’s anxiety for certainty under the law. [...] However, *that certainty in the law which would be exacted by some would deprive the courts of the power to temper the harshness of the rule of law in a particular case and would permit prior erroneous expressions to prevail over major legislative policy considerations. Moreover, such certainty would prevent the primary attainment desired under the law, justice through reason*” (p. 44, corsivi aggiunti).

²⁸ Così BARHAM individua la sostanza della *civilian methodology* nell'approccio consistente nel “first examining the code articles pertinent to the issue raised there, next surveying the history of the evolution of the statutory law and the jurisprudence which also concerned the problem, then examining Louisiana doctrinal writings upon the subject”: p.55.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ A.N.YIANNOPOULOS, *Louisiana civil law*, cit., 832.



un “civil law system”, cioè di un corpo normativo organico di regole che sono la derivazione della tradizione di *civil law*³¹.

Le accezioni sopra enucleate alludono a due distinte – o sarebbe meglio dire autonome – dimensioni della normatività di *civil law*.

Entrambe sono considerate nel lavoro di YIANNPOULOS, sebbene a quella incarnata dal codice civile egli riconosca rilievo prevalente; sul suo terreno viene valutata la tenuta complessiva della tradizione in esame nel sistema giuridico analizzato³². La causa della *civil law* sarebbe a dire dell'autore messa a repentaglio dalla perdita di centralità del codice civile nel sistema delle fonti. E' evidente allora che la prospettiva prediletta dallo studioso colloca il baricentro della tradizione di *civil law* sul piano della fonte legislativa e non della “dimensione di lungo periodo” da cui aveva preso le mosse³³. Come forma di legislazione, nel presente “the civil law has neither ceased to exist nor has it begun to fade away”³⁴; nel futuro essa può assurgere a modello per quei “legal systems that have become, or are in the process of becoming, statutory”³⁵.

Dagli elementi emersi nel corso di questa rapida disamina è possibile trarre alcune considerazioni che è opportuno articolare in una serie di passaggi progressivi.

Si prenderà avvio dal problema sollevato nelle pagine che precedono, ma per il quale non è stata proposta alcuna soluzione, di quale sia la cornice nella quale s'inscrivono le osservazioni di IRELAND e DIXON.

Un contributo significativo a mio modo di vedere proviene dalla sopramenzionata risposta al provocatorio saggio di IRELAND, nel quale gli autori muovono un attacco puntuale ed articolato alle deduzioni di questi, lamentandone il carattere fuorviante.

Innanzitutto, essi censurano l'erroneo impiego del concetto di *civil law* adottato da quest'ultimo: essa verrebbe declinata “as embracing the entire field of the law”, laddove essa sarebbe “merely one of the branches of private law”³⁶. Gli autori individuano lo spazio del *civil law* nel diritto privato patrimoniale (costituito da obbligazioni, contratti, responsabilità civile), che ha la propria sede naturale nel codice civile³⁷.

Inoltre, IRELAND sarebbe incorso in un equivoco circa le cause delle modifiche apportate al sistema del diritto privato in Louisiana. Esse non attesterebbero l'influenza del *common law*, potendo essere spiegate come il risultato di mutate condizioni economiche e sociali comuni alla Louisiana e ad altri stati federali che hanno prodotto soluzioni normative convergenti.

Questo fraintendimento si sarebbe reso possibile per la visione “statica” della *civil law* che ispira l'analisi di IRELAND, il cui parametro sarebbe rappresentato dal diritto francese

³¹ La posizione di YIANNPOULOS sul codice civile come espressione identitaria della tradizione di *civil law* non è isolata nella cornice dei sistemi ibridi, come rilevato con accenti critici con riguardo al Québec da M. TANCELIN, *Contribution du Québec à la recherche des causes du déclin ou de l'éclipse du jus commune*, in *Foro it.*, 1983, V, cc. 207 ss.: “La majorité des juristes du Québec considèrent que le droit privé québécois relève exclusivement de la *civil law*. La présence du code civil ferait foi de tout. Cette conception encourt le reproche de confondre le droit avec la règle de droit, selon la vision courante de la doctrine civiliste. Cette adhésion à la conception dogmatique des sources du droit ne tient pas compte de la dimension méthodologique qui s'ajoute à l'aspect substantif de la norme juridique” (c.209).

³² Significativa è l'osservazione secondo cui la perdita d'importanza subita da questa tradizione sarebbe la conseguenza del peso crescente della legislazione statale speciale introdotta successivamente ai codici e al “development of many branches of public and private law that are not essentially different from the law prevailing in sister states” (citazione a p.837).

³³ A riprova di questa interpretazione valga il passaggio dedicato da YIANNPOULOS al movimento del cosiddetto diritto libero, la cui “open departure from the codified law” avrebbe determinato la situazione che “the civil law was in retreat”, se non addirittura “dead” (citazioni a p. 841).

³⁴ Ivi, p.847.

³⁵ Ibid.

³⁶ Entrambe le citazioni sono a p.13.

³⁷ Questa identificazione sarà sostenuto da altri successivamente, come si vedrà *infra*.



della prima metà del diciannovesimo secolo. L'accusa che gli autori muovono a IRELAND è di avere rilevato un'avvenuta trasformazione della natura del sistema giuridico valutandola ... con l'unità di misura di una *civil law* non più attuale, e cioè quella dei Portalis e dei Maleville, laddove il suo presente sarebbe rivelato dai lavori di Gény, Lambert, Planiol. Ciò che gli si rimprovera è di aver avuto la pretesa di dare un resoconto dello stato dell'arte del diritto vigente alla sua epoca con gli strumenti analitici propri del diritto francese del diciannovesimo secolo!

Il *trompe-l'œil* ingenerato da IRELAND risulterebbe evidente proprio sul terreno della portata del precedente giudiziario, che, come già osservato, rappresenta il fulcro del suo ragionamento. L'affermazione di questi secondo cui il precedente giocherebbe "so slight a role in the civil law" sarebbe appunto valida alla luce della "French juridical theory of the early nineteenth century"³⁸, ma non alla luce di quello dell'epoca in cui Ireland scrive.

Il dibattito animato fra IRELAND, da una parte, e DAGGETT e sodali, dall'altra, impone per essere comprensibile di situarne i discorsi. Ebbene, nonostante le apparenze, il luogo nel quale essi si collocano è identico; ciò che li distingue è la diversa direzione del loro sguardo. Il fatto che le parti addivengano a conclusioni opposte non deve ingannare. Quando essi affermano rispettivamente che la Louisiana è divenuto un *common law state*, o che, al contrario, la Louisiana ha preservato la sua identità *civilian*, entrambi parlano «dallo stesso luogo». Il luogo è la *civil law*; ciò che da quella posizione essi guardano è diverso. I due punti di vista, pur essendo *interni* allo stesso luogo, non sono sovrapponibili perché ne sottendono due distinte concezioni. L'uno – IRELAND – ne coglie il tratto fondante nell'atto di volontà del legislatore; gli altri in una "sensibilità" – in una tradizione di pensiero – che non si dissolve integralmente nell'atto del legislatore, nel senso che non si lascia ad esso integralmente "ridurre".

Quanto detto fornisce una chiave a margine della questione sopra accennata di quale "fattore implicito" giochi il ruolo di vincolo dell'attività decisionale del giudice per BARHAM.

Sembra a chi scrive che questo fattore possa emergere volgendo nuovamente l'attenzione al modo in cui BARHAM individua il nucleo minimo essenziale di una "civil law jurisdiction". Questo nocciolo duro non va colto nell'osservanza del dogma della fedeltà del giudice alla legge, quanto piuttosto nel riconoscimento del potere del giudice di discostarsi da un orientamento giurisprudenziale pregresso e pervenendo a una soluzione innovativa. BARHAM non intende certo teorizzare un giudice dal potere assoluto (nel senso di *absolutus*), essendo l'orizzonte della sua decisione ampio, ma comunque delimitato; esso comprende la "codal and statutory expression", così come "custom, equity, reason, and common usage [...] in the absence of legislative expression", e la "doctrine and other resources". Ciò che costituisce vincolo per l'attività decisionale della corte è in ultima analisi la stessa tradizione (di *civil law*) nei suoi poliedrici aspetti. Orbene, il giudice non tiene un atteggiamento contraddittorio se in taluni casi si discosta da un orientamento pregresso perché non ritenuto conforme alla *ratio* della legislazione vigente, ed in altri perpetua l'adesione ad esso, nonostante la sua evidente discrasia rispetto alla lettera della legge. Ciò che costituisce vincolo dell'attività decisionale del giudice si dà evidentemente "al di là" del-

³⁸ Le citazioni si trovano a p.16. *En passant* (il discorso, a dire il vero, imporrebbe ben altro spazio), è doveroso avanzare riserve sulla fondatezza dell'obiezione ricordata da ultimo nel testo. Identificando in Portalis uno dei fautori di un'ideologia che riconosce scarso peso al precedente, gli autori operano una forzatura bella e buona. Secondo P. il giudice non è mera "bouche de la loi"; basti pensare alle previsioni del *Livre Préliminaire* – di cui è autore riconosciuto e che poi verrà espunto nella stesura definitiva del codice civile francese – che riconoscono al giudice la possibilità di "produrre diritto" attraverso l'*équité*. Il "legicentricismo", che caratterizzerà una generazione di interpreti del codice civile francese, si affermerà dopo la scomparsa di Portalis!



la legge posta, nella “tradizione” che costituisce riferimento e perimetro necessario del suo operato.

E che questa spiegazione non sia una semplice congettura di chi scrive sembra trovare conferma nell’accezione in cui BARHAM declina il concetto di “civil law tradition” in apertura del suo intervento rifacendosi alla definizione notissima di MERRYMAN³⁹.

3. Il breve inventario dei tentativi posti in essere dai giuristi autoctoni di “situare” il proprio sistema nella sfera di una delle due tradizioni ha messo in evidenza che gli orientamenti, pur nella variegata congerie delle loro formulazioni, si riducono sostanzialmente a due.

Da una parte, i paladini di una visione ispirata alla purezza: conquistata (posizione che accomuna chi constata l’approdo definitivo della Louisiana sulla sponda della tradizione di *common law*) o preservata (posizione che caratterizza gli assertori della persistenza della natura *civilian* del sistema).

Dall’altra, gli assertori dell’originalità *louisianian*, di un ordinamento che rielabora le sue componenti originarie eterogenee raggiungendo una propria compiuta e autonoma identità.

Merita attenzione il primo dei due orientamenti sintetizzati. Sebbene le posizioni siano diverse, l’orizzonte nel quale esse s’inscrivono – la tradizione di *civil law* – è comune. Esse si distinguono quanto all’individuazione degli elementi che ne catturerebbero l’essenza. Lo spettro delle posizioni può restituirsi attraverso la metafora dell’oscillazione di un pendolo. Un movimento di questo farebbe coincidere la tradizione *civilian* con l’atto del legislatore; il movimento opposto individuerrebbe nel giudice il fulcro della tradizione, nella misura in cui a questi spetterebbe il ruolo di assicurare l’equilibrio fra le molteplici fonti del diritto che ne rappresentano fattore caratterizzante. La tradizione di *civil law* non sarebbe restituita nella sua interezza in Louisiana che da entrambi i movimenti.

Le due visioni – coesistenti – della *civil law* peraltro non sussistono su un piano a sé stante, totalmente autonomo. Esse acquisiscono significato compiuto solo se inserite in un ordine di problemi più ampio – che coincide con l’area di studi della *Louisianian legal history* – attinenti alla scelta del punto di vista più adeguato a partire dal quale ricostruire la storia dell’ordinamento. Due posizioni meritano di essere ricordate: la prima riconoscerebbe *status* di eccezionalità alla posizione della Louisiana, accordando esclusiva rilevanza alla sua storia interna in ragione della sua unicità; la seconda ne privilegierebbe la dimensione esterna, perorandone la collocazione – «naturale» – nell’alveo della storia del diritto statunitense⁴⁰. Non sembra che le due dimensioni – quella della ricostruzione della *civil law*, da una parte; e quella dell’angolo visuale dal quale leggere la storia giuridica della Louisiana dall’altra – siano perfettamente simmetriche, nel senso che una determinata interpretazione di ciò che rappresenta *civil law* in Louisiana implichi automaticamente una scelta altrettanto determinata sul versante storiografico. Vi sono però alcuni punti d’intersezione fra di esse

³⁹ Barham muove dalla nozione di “legal tradition” elaborata da J. H. MERRYMAN, *The civil law tradition*, 1969 (“set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the role of law in the society and in the polity, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected, and taught”) per cogliere l’essenza della “civil-law tradition” nei “legal concepts and principles as generally applied today by a community of jurisdictions with a somewhat similar development and evolution from the Twelve Tables of Rome and the work of Roman jurists”), citata a p.38 del suo scritto.

⁴⁰ Per una ricostruzione nitida di questi itinerari culturali, S. P. DONLAN, *Clashes and continuities: brief reflections on the “new Louisiana legal history”*, 5 *Journal Civ.L.Stud.* 67 2012.



sufficientemente definiti. Ad esempio, la ricostruzione della *civil law* come atto del legislatore può essere invocata a supporto di una lettura della storia dello Stato che ne propugni la necessaria contestualizzazione nel più ampio spazio dell'*American legal history* nel momento in cui questa ricostruzione si coniughi alla constatazione dell'accresciuta importanza del precedente rispetto all'atto del legislatore (e così erigendo la *civil law* a simbolo di un passato inesorabilmente concluso), così come l'enfasi sul carattere attuale delle influenze spagnole e francesi sul diritto privato⁴¹ può corroborare l'assunto della persistente unicità del diritto *louisianian*, *tertium genus* fra mondo di *civil* e mondo di *common law*.

⁴¹ J.-R. TRAHAN, *The Continuing Influence of le Droit Civil and el Derecho Civil in the Private Law of Louisiana*, 63 Louisiana L. Rev. 1019 (2003): "[n]otwithstanding the changes, the "family resemblance" between Louisiana's private law, on the one hand, and French and Spanish private law, on the other, remains unmistakable" (1066).



EXPLICIT – IMPLICIT LEGAL PLURALISM

ELINA N. MOUSTAIRA*

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

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

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

2. Usually and almost traditionally, people whose laws have a formal imprint (obviously – and among others – the so-called Western people) tend to believe that they possess the absolute truth about the best articulated, the most efficient legal rules; that they should be the guides to all those "poor" people who cannot take care of themselves, not having reached such a high level of civilization or legal culture as they believe they have. This arrogance has been expressed in many ways, at many parts of the world, at various time periods. One notorious example of this arrogance is the "export", the migration of legal rules, consequence of certain countries' legal hegemonism. Versions of this attitude are those that promote a regime of global legal norms, adopting terms such as harmonization – the most lenient one – or transplantation or viral propagation³.

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

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

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

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

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

³ R.A. Macdonald, *Three Metaphors of Norm Migration in International Context*, in 343 *Brooklyn Journal of International Law*, p. 603 (2009).



ples] have conscience of these latent factors, in fact they respect them and steadily try to adapt their behavior to these factors' orders.

3. The cryptotypes that always existed and exist and that Sacco located and gave them a name⁴, could very well make us doubt whether the Western people who insist on ignoring or rejecting them, behave rationally, as they believe.

Beyond that, the real question is why deny to the indigenous peoples the right to apply their chthonic laws in which the cryptotypes seem to be more apparent. Shaping the laws in parts of the world according to a model, often was a political decision influenced by several and various factors of each time. 18th and 19th codifications in Continental Europe brought in the first line the written law and shove deep underneath the factors leading to decisions about facts' legal solutions. They conscientiously rejected the view that "not all law, and not even all written law, is explicitly enacted"⁵.

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

During the colonization, especially of the 18th and the 19th century, legal pluralism was almost a self-evidence. Different rules were enforced upon different groups of people, multiple jurisdictions existed, often in conflict between them. That was a way to exert and maintain power⁶.

Sacco points out that the Europeans would never have accepted to be ruled by an indigenous non-European law; that they were so intolerant toward legal orders very different from their own, that even in Asian or African countries which were not colonies, they had demanded and obtained not to be ruled by local laws⁷.

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

4. Legal anthropologists, the one side of the coin, the other being the legal comparatists, insist on the fact that a society functions not only according to the explicit norms, the formal rules, but also according to the habitus. They do not consider as law only the formal rules, but they are aware that the law expresses itself in other ways too, not all of them an evident part of the juridical order⁸.

⁴ R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in 39 *American Journal of Comparative Law* (II) p. 343, pp. 384-385; E. Moustaira, *Milestones in the Course of Comparative Law. Thesis and Antithesis* (in Greek), Ant.N. Sakkoulas Publishers, Athens – Komotini 2003, pp. 81-83.

⁵ R.A. Macdonald, *The Fridge-Door Statute*, in (2001) 47 *McGill Law Journal* 11, p. 13.

⁶ J. Burbank/F. Cooper, *Rules of Law, Politics of Empire*, in L. Benton/R.J. Ross (eds.) *Legal Pluralism and Empires, 1500-1850*, New York University Press, New York and London 2013, p. 279.

⁷ R. Sacco, *Antropologia giuridica*, il Mulino, Bologna 2007, p. 75.

⁸ O. Barrière, *De l'émergence d'un droit africain de l'environnement face au pluralisme juridique*, in C. Eberhard/G. Vernicos (éds.) *La quête anthropologique du droit. Autour de la démarche d'Etienne Le Roy*, Editions Karthala, Paris 2006, p. 147, pp. 152-153 : « Nous rejoignons également Pierre Bourdieu dans la notion de conduites sociales engendrées par l'habitus. En effet, les pratiques sociales ne naissent pas toutes de règles expresses et explicites mais dépendent aussi de logiques culturelles et endogènes aux individus et aux groupes. Là, les conduites d'ordre juridique n'ont pas forcément la régularité de celles qui sont issues du pouvoir législatif et réglementaire. Elles sortent partiellement d'un cartésianisme institutionnel pour obéir davantage à la lo-



Legal comparatists, not the ones who favor “orthodox” approaches to comparative law though, are very much interested in critical legal pluralism, in the theory that “rejects the premises of state legal positivism”. According to them, comparative law could not be intercepted without admitting the heterogeneity of persons and peoples, the flux of norms, the dissonance reigning in any “given spatial, temporal, social or affective fields”⁹. As it is stated, “it is not at all clear, ..., that there is any *conceptual* reason to limit comparative law study to official municipal law”¹⁰.

Adopting a critical legal pluralistic view, legal comparatists become more able to understand the relationship between the explicit and the implicit legal rules as well as the infrastructure of each group of rules, of each normative system¹¹. They can capture that people, as legal subjects, “are not wholly determined” by a law enacted by a certain elite of jurists; that even if this elite has been set up in order to decide, to legislate, the legal knowledge produced by the legal subjects participates implicitly in the structuring of the governing law¹².

5. In our times, “weak”, or “classic” legal pluralism is often contrasted with the “strong”, “deep”, or “new” form of legal pluralism. The state-centered view of pluralism, where state law defines the prerequisites for a legal pluralism, is contrasted to the social-science approach to law, which argues for a behavior obeying in more than one legal order. According to the latter, law might be an open-ended concept, not necessarily depending on state-recognition for its validity¹³.

Although it is not a matter of comparing them, I believe that it is a huge discrimination if we refer to the indigenous laws as parts of a bigger category of laws, such as the multinationals’ “legal orders” or certain professions’ “legal orders”, etc. Furthermore, these other “legal orders” might very well be considered as parts of the international imperial law, as forms of global domination¹⁴, something that obviously could not even be suggested for the indigenous laws; rather on the contrary.

Do we need a defined boundary for what constitutes a legal system? Should we speak of “legal system” only when there is a centralized authority vested with the power of creating laws and enforcing them¹⁵? Could we not speak of “legal system” when – as, for

gique pragmatique de la pratique « qui définit le rapport ordinaire au monde » susceptible de laisser une part de flou et de vague ».

⁹ R.A. Macdonald/K. Glover, *Implicit Comparative Law*, (2013) 43 R.D.U.S. 123, 128, 153 & n. 24.

¹⁰ P.S. Berman, *A Brief Note on Legal Pluralism and Comparative Law*, (2013) 31 *Windsor Yearbook of Access to Justice*, p. 219.

¹¹ R.A. Macdonald, *Custom Made – For a Non-chirographic Critical Legal Pluralism*, in 26 *Canadian Journal of Law and Society* 301, p. 326 (2011).

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

¹³ A. Griffiths, *Anthropological Perspectives on Legal Pluralism and Governance in a Transnational World*, in M. Freeman F.B.A./D. Napier (eds.) *Law And Anthropology*, Current Legal Issues 2008, Oxford University Press, 2009, p. 164, p. 168.

¹⁴ U. Mattei/L. Nader, *Plunder. When the Rule of Law is Illegal*, Blackwell Publishing, 2008, p. 144: “Just as in early colonial times the private venture capitalists (the East India Company, Hudson Bay Company, etc.) and European colonial sovereigns were connected in an alliance for plunder, legitimized by a powerful intellectual clique, today the global power elite is connected with transnational business in the global pursuit of plunder. In the age of colonialism such struggles for international hegemony were mostly carried on with an open use of force and political violence (in such a way that final extensive conflict between superpowers was unavoidable). Whereas, in the current age, political violence wrapped in the imperial rule of law has been centralized into a monopolistic power, the United States, dominating enemies, allies, and global institutions, but being itself dominated – as every Western-style democracy is – by transnational corporate actors”.

¹⁵ G. Christie, *Indigenous Legal Theory: Some Initial Considerations*, in B.J. Richardson/S. Imai/K. McNeil (eds.) *Indigenous Peoples and the Law. Comparative and Critical Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2009, p. 195, p. 198.



example, in the case of Maoris – the infrastructure of their coexistence is built, constructed not on the basis of rules, but on the basis of values which govern the relationships between all persons and all things and between persons and things¹⁶?

As it is stated, the literature on legal pluralism generally accepts the idea that the laws of indigenous peoples are “law”; not the states, though¹⁷. For example, Australia, following the adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples stated that indigenous customary law “is not law in the sense that modern democracies used the term; it is based on culture and tradition”.

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

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

In different parts of the world, we “discover” varied forms of legal pluralism, some of them giving equal status to all coexisting laws, while others discriminate versus some of them, recognizing a superior status to the central state laws – something that becomes obvious in case of a conflict of jurisdictions. In the latter cases, international law “intervenes”, demanding that indigenous sovereignty¹⁸ obeys to the state sovereignty¹⁹.

Evidently, this “interlocking web of jurisdictional assertions” really constitutes a “multiscalar legal system”²⁰, of different scale in different parts of the world.

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

In the other countries, *ex colonies*, where indigenous peoples live, on the one hand the independence was achieved much earlier, during the 19th century, when the codification of laws had been considered as a great achievement and a necessary tool for the new countries’ governance; on the other hand, in these countries many of the defendants of the in-

¹⁶ J. Ruru, *The Maori Encounter with Aotearoa: New Zealand’s Legal System*, in B.J. Richardson/S. Imai/K. McNeil (eds.) *Indigenous Peoples and the Law. Comparative and Critical Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2009, p. 111, p. 113.

¹⁷ S. Wheatley, *Indigenous Peoples and the Right of Political Autonomy in an Age of Global Legal Pluralism*, in M. Freeman F.B.A./D. Napier (eds.) *Law And Anthropology*, in *Current Legal Issues*, 2008, Oxford University Press, 2009, p. 351, p. 358.

¹⁸ The right of the indigenous peoples to apply their own laws, is a crucial expression of the indigenous identity as well as of the indigenous sovereignty. It is an effort to preserve a certain autonomy in the frame of a monolithic state that tries to exercise its powers with typical laws, see R. Perry, *Balancing Rights or Building Rights? Reconciling the Right to Use Customary Systems of Law with Competing Human Rights in Pursuit of Indigenous Sovereignty*, 24 *Harvard Human Rights Journal* 71, p. 72 (2011).

¹⁹ M. Ahrén, *Indigenous People’s Culture, Customs and Traditions and Customary Law – the Saami People’s Perspective*, in 21 *Arizona Journal of International & Comparative Law* 63, pp. 100-101 (2004).

²⁰ H.M. Osofsky, *Climate Change Litigation as Pluralist Legal Dialogue?*, in 43 *Stanford Journal of International Law* 181, p. 187 n. 19 (2007).



dependence were either people originated from the colonizing countries (e.g. Australia) or mestizos, participating in both western and indigenous cultures, believing though that western cultures and principles were more “civilized” and that they should be used as tools for the onward trajectory of their own countries. In these cases, official recognition of the indigenous law and parallel validity of this and the central state law, would either be a risk not considered as worth taken, or, worse, would be considered as a preposterous claim.

7. Law is not independent from society; it is a “social product”²¹. Legal pluralism was and is everywhere. In the past, even in Europe, customary and religious rules were co-existing with written, emanated by the state rules. Now, even in Europe, but also in USA, especially in USA, customary and religious rules have been hidden behind “innocent”, seemingly neutral written laws or judicial judgments. History has always played its part, the same as various other factors and influences. Various historical phenomena “that people have recognized as law”, and that therefore should be recognized as such, probably function differently at different parts of the world and unavoidably have changed over time. The answer to “what is law” cannot be unitary, “law is not like that”²².

“Law is different”, it is stated, noting that although saying that “is stating the obvious, sometimes the obvious needs stating”²³.

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

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

Difficult for the positivists to accept such an idea, dangerous for the structure that was built during mainly the 2 previous centuries: the state. A relatively novel form, even in the West, as Donlan reasonably claims, it proved “particularly successful at colonizing and dominating its rivals”²⁴. But law preceded the state. One would not dare to suggest that be-

²¹ J. Uimonen, *From Unitary State to Plural Asymmetric State. Indigenous Quest in France, New Zealand and Canada*, University of Lapland/Lapin Yliopisto, Rovaniemi 2014, p. 26.

²² B.Z. Tamanaha, *What is Law?*, in *Legal Studies Research Paper Series*, Paper No. 15.01.01, January 2015.

²³ F. Schauer, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts/London, England 2015, 154. Speaking about claims of comprehensive jurisdiction, he points out (pp. 162-163) that the rule systems of – among others – “most religious organizations, most indigenous tribes, ...”, claim a wide degree of control over the lives of their members”. He concludes: “And thus although it might be true that most of the governmental or quasi-governmental systems we typically call “law” have comprehensive jurisdictional pretension and most of the complex rule-based organizations from which we withhold the label “law” do not, it is a mistake to assume that law-ness and comprehensiveness are congruent. Accordingly, we may again learn more by observing just how much nonstate organizations betake of law, or simply *are* law, than assuming too quickly that they are not”.

²⁴ S.P. Donlan, *Things Being Various: Normativity, Legality, State Legality*, in M. Adams/D. Heirbaut (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 161, p. 162.



fore the state-nation of the 19th century there were not laws ruling people's lives nor particular to each place legal institutions. The fact that things changed so torridly afterward does not give us the right to deny the status of law to all these regulations that existed before. And the suggestion that "any meaningful understanding of 'law' requires comparative and historical analysis" is there to confirm it.

The fact that state law has ever since dominated theory, is not an excuse to deny the status of law to the chthonic laws of the indigenous peoples. Approaches to law may change over time – and this time more than ever before²⁵ – but they may not nullify the ones that prevailed in the past and that are still followed in some parts of the world by some people, sadly considered as at best marginal.

²⁵ F. Ost, *Law as Translation*, in M. Adams/D. Heirbaut (ed s.), *The Method and Culture of Comparative Law*. Essays in Honour of Mark Van Hoecke, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2014, 69, 76: "This is the very situation that is changing radically today: the juridical orders are on the move, they are communicating with one another, they are copying each other, they are swapping solutions, they are hybridizing themselves in a thousand and one ways (though we must not ignore the phenomena of dominance which inevitably twist and slant such exchanges), with the result that comparative law has ceased to be the study of the platonic relationships between juridical systems viewing each other from the outside and is becoming, to use the expression of H Patrick Glenn, the study of an 'integrated law' – a law which introduces into the heart of the internal juridical mechanisms other, composite matter, hybrid concepts (some would call them bastard concepts), imported solutions that are only 'more or less' under control.



WHO DOES NOT NEED COMPARATIVE LAW?

ERMANN CALZOLAIO

SOMMARIO: 1. *Comparison as a cognitive need.* - 2. *The theory of legal systems under challenge.* - 3. *Towards a new methodologic and conceptual perspective.*

1. The debate concerning the aims of comparative law has always attracted the attention of comparatists, being engaged to give reasons about the utility of their field of study. In the following brief remarks I dare participate to the debate on the question “who needs comparative law?”, turning it in a different one, as the title suggests.

Comparative law is a ‘strange’ subject indeed¹. Unlike most of the other fields of legal studies, it does not deal with an area of law, such as contract law, torts law, company law, civil procedure, criminal law and so on. Rather, it is a way of looking at legal problems, legal institutions and entire legal systems moving from the acknowledgment that the legal phenomenon is universal and relative at the same time. Every community of human beings implies at least a minimum level of normativity, but the ways in which its rules are conceived and applied can vary, even consistently, according to the different social, historical, political, religious and economic contexts.

In this sense, comparative law is a cognitive process having a circular movement. It goes from one legal system to another and from the latter it comes back to the former, enriching the knowledge of the specific features of each of them, together with the aspects they have in common. The study of a foreign law, being “else” in relation to one’s “own” law, leads not only to know aspects and elements of the foreign law under scrutiny, but it has also an added value, which has been designated as the “reflective quality of comparison”². Through the use of a comparative method “it becomes possible to make observations and to gain insights which would be denied to one whose study is limited to the law of a single country”³.

Recurring to the punchy words of the outstanding Italian comparatist Gino Gorla, “an ‘individual’ does not exist without the ‘other’”⁴. This is a crucial remark, because it suggests to broaden the perspective far beyond the field of law.

Without any pretention to give an exhaustive account, nevertheless it is useful to evoke here some reflections showing that in every field of knowledge the cognitive need of comparison does emerge.

To begin, we can move from the studies carried on multiculturalism by the contemporary philosopher Charles Taylor, according to whom it is essential to “take into account a crucial feature of the human condition that has been rendered almost invisible by the overwhelmingly monological bent of mainstream modern philosophy. *This crucial feature of human life is its fundamentally dialogical character*”⁵. He continues: “we define our identity always in dialogue with, sometimes in struggle against, the things our significant others want to see in us. [...] My discovering my own identity doesn’t mean that I work it out in isolation, but

¹ As pointed out in the well-known textbook *Schlesinger’s Comparative Law*, 7th ed., New York, 2009, p. 2.

² Cfr. L. Moccia, *Comparazione giuridica e Diritto europeo*, Milano, 2005, pp. 95 s.

³ R. Schlesinger, *ibid.*

⁴ G. Gorla, voce *Diritto comparato*, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milano, 1963, p. 928.

⁵ C. Taylor, *The Politics of Recognition*, in A. Gutmann (ed.), *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton, 1992, pp. 25 ss., at p. 32 (emphasis added).



that I negotiate it through dialogue, partly overt, partly internal, with others. That is why the development of an ideal of inwardly generated identity gives a new importance to recognition. *My own identity crucially depends on my dialogical relations with others*⁶.

Even if from a different perspective, the same point is illuminated by Paul Ricoeur in his fundamental work “*Soi-même comme un autre*”⁷. As the Author points out, the title itself evokes an alterity being constitutive of the “ipseity”, in the sense that what constitutes fundamentally the being of man is not the presence of an invariable nucleus of personality but, on the contrary, the relations that he/she is able to establish with the world and the others, defining him/her in return. Therefore, the notion of “ipseity” identifies the reflexive character of the being of man.

A converging angle of view is expressed by Jurgen Habermas, when he remembers that persons can only be individuated passing through processes of socialization, so that the integrity of a single person can be enforced if an access to interpersonal relationships and to cultural traditions is guaranteed, because this is necessary in order to preserve his/her own identity⁸.

For his part, with a special regard to the European context, Zygmunt Bauman observed, recalling the reflections of Hans-Georg Gadamer, that the outstanding merit of Europe has been its ability to live with the other, as “the other of the other”⁹. Europe has been able to learn the art of living together, overcoming differences and alterities¹⁰.

Of course, these references would demand a much deeper and accurate account than it is possible in the context of our brief remarks. Yet, they seem sufficient to fix a substantial issue: in order to understand oneself it is inevitable to meet someone ‘else’. In every field of knowledge, comparison has precisely the aim to develop tools and methods in order “to put oneself in perspective”¹¹. Law does not escape to this cognitive remark. If the ‘else’ is unavoidable, is it possible to do without comparison in the legal field?

2. In the twentieth century, moving from the assumption that it is “superficial and false” to conceive law simply as a set of norms in force in each state, comparative scholars noticed that each legal system uses a specific vocabulary, it regroups its rules in specific categories, it is linked to a particular conception of the social order. “Difference” in law has to do with all this and therefore it cannot be reduced to the variety of legal rules in force in a given territorial ambit¹².

The theory of legal systems (or legal traditions) has been shaped in response to the need of studying law as a phenomenon which varies in time and in space. The attempt was directed to develop a set of criteria in order to define the identity of a legal system or of a group of legal systems (a legal style), in relation to some durable elements characterizing a legal experience, beyond the differences existing in the national legal orders.

Many classifications of legal systems have been suggested. Each one is relative, rough and approximate, so it has to be taken cautiously, avoiding the risk to consider it as having more than a descriptive and didactical value. With this caution, one should not underesti-

⁶ *Ivi*, p. 33 f. (emphasis added).

⁷ P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Paris, 1990, esp. p. 78 ff.

⁸ J. Habermas, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Bergamo, 2008, p. 220.

⁹ Z. Bauman, *L'Europa è un'avventura*, Roma-Bari, 2012, p. 9.

¹⁰ *Ivi*, p. 151.

¹¹ As observed by M. Detienne, *Comparer l'incomparable*, Paris, 2000: « comparer, c'est d'abord mettre en perspective, et il faut y insister, qu'on me le pardonne, en se mettant soi-même en perspective » (p. 111).

¹² See R. David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, trad. it a cura di R. Sacco, Padova, 2004, p. 16.



mate the merits of the theory of legal systems. It played a decisive role against the self-referentiality of the legal discourse, accentuated by the trend of legal positivism and of its dogmas, with the result of enclosing the role of jurists in a sometimes sterile exercise of analysis and application of legal rules enacted by the legislature of each country. The consequences of this approach have not completely disappeared and still now, especially in the civil law countries, it is not infrequent to take for granted that law is to be identified with the rules enacted by the legislature.

Nowadays, we are living in a period characterized by new phenomena, more and more complex, such as globalization and, at the European level, supranational integration. National borders and distinctions seem to vanish, altogether with the certainties and the categories which were to the base of the modern idea of state. The differences between legal systems or traditions become more and more elusive, to the point that they seem to be evanescent.

Due to the ongoing reciprocal contaminations and the fast changes characterizing our contemporary age, it is now clear that it is not possible nor useful to split the world in well-defined and static legal families. Does this mean that the theory of legal systems is definitively outdated? More radically: has comparative law a role to play at the present time?

3. The hard questions suggested above cannot be answered in abstract and general terms. Yet, they are a challenge to be faced.

As a starting point, in order to put oneself on the trail of possible answers, suffice is to move from one's personal experience. When we discuss with jurists coming from other countries, it's easy to realize that different perceptions of law, of legal institutions and of legal concepts do continue to emerge even nowadays. Words such as "constitution", "judge", "contract", "property" almost automatically identify a content, an idea, a figure in the mind of every jurist, which can evoke a very different meaning in the mind of a jurist coming from another legal tradition.

This elementary remark shows that our epoch of changes (or, rather, a change of epoch) is characterized by contradictory phenomena being difficult to interpret and to understand. Only to give a simple example, globalization is often faced with resurgent nationalisms and localisms, so that it seems inaccurate to deny the complexity of our contemporary society. As it has been rightly observed: "Behind an apparent trend to homogenization of world cultures, that brings out new macro identities, such as the one of global consumers, counter dynamics are set in motion that lead, not without tension, to the emergence, consolidation or reformulation of specific cultural and ethical values common to the various cultural areas. Increased mobility coupled in particular with migration flows have brought others very close to us. These 'others' no longer live in some distant country, but right in our own town or neighbourhood"¹³.

Comparative scholars need to consider the new context where they are called to live and work. It has been described as follows: "at the beginning of the 21st century the *conditio humana* cannot be understood nationally or locally but only globally. 'Globalization' is a non-linear, dialectic process in which the global and the local do not exist as cultural polarities but as combined and mutually implicating principles. These processes involve not only interconnections across boundaries, but transform the quality of the social and the political inside nation-state societies. This is what I define as 'cosmopolitanization': cosmopolitani-

¹³ L. Moccia, *Education to 'Inter-Cultural Citizenship': A European Perspective to Global Citizenship*, in *La cittadinanza europea*, 2014, p. 161.



zation means internal globalization, globalization from within the national societies. This transforms everyday consciousness and identities significantly”¹⁴.

The cosmopolitanism which characterises our contemporary society suggests a critical reflection about the traditional way of considering diversity in terms of geographic opposition. Roughly speaking, we could say that the theory of legal systems was built on the assumption that the “other” was necessary to understand one’s legal system and law in general, but it was essentially “outside”. Nowadays, on the contrary, the “other” is “inside”: it’s common experience that the “others” are often our neighbours. So, diversity and difference are a fact to face with methods being compatible with this new scenario. Not by chance, also legal historians seem to be more aware of what is at stake, recurring to the concept of “entanglements” and preaching the need to stop to project “our own categories and concepts on to realities different from the ones these categories and concepts have emerged from”¹⁵.

To this respect, it’s worth remembering that within the western legal culture generations of comparative scholars stressed the dichotomy between the civil law and the common law traditions, describing it in terms of a territorial opposition. Now, this common view needs to be reassessed. Indeed, the study of the two traditions leads to notice some common problems, such as the relations between law and society, society and state, legislative power and judicial power, authority of public powers and individual rights and freedom, law and procedure, techniques of interpretation and of legal reasoning, the role of precedent, the organization of legal professions and of the judiciary. All these aspects can be no longer studied only in connection with a territorial dimension of the borders of the legal globe. On the contrary, their comparative study needs to abandon a schematic approach in favour of an attempt to look at the relevant issues as an expression of a way of being of law as a form of rationality, which can be recognized in relation to specific territorial scopes, but foremost as a set of rules, principles and customs around which every legal experience is articulated¹⁶.

In other words, a new observation point is needed. It is no longer possible to consider civil law and common law in terms of a geographic dichotomy, not only because both traditions are outstanding expressions of a common history of European law, but (and foremost) because their study leads to discover that some peculiar attitudes which characterized each of them in terms of separation can now be found in an integrated way. Only to give an example, the tension between statutory law and the judicial formation of law is present everywhere, both in the civil law tradition, where judges are no longer (if they ever were) the “bouche de la loi”, and in the common law tradition, where legislation is growing and reaching almost every field of law. It would be “superficial and false” to draw the conclusion that common law and civil law systems are converging because in the common law countries judges are more and more solicited to interpret and apply statutes, whereas their civil law colleagues are enlarging their field of action as a consequence of the increase of legislation. This for the simple reason that the same phenomenon (increase of legislation) produces two opposite results: the bureaucratization of the role of judges in the common law systems and a more creative role in the civil law tradition¹⁷. At the same time, it’s impossible to deny that in both legal traditions we can find evidence of new ways to conceive

¹⁴U. Beck, *The Cosmopolitan Society and its Enemies*, in *Theory, Culture & Society*, 2002, pp. 17 ss., at p. 17.

¹⁵T. Duve, *Entanglements in Legal History. Introductory Remarks*, in T. Duve (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt am Main, 2014, p. 3, at p. 7.

¹⁶For these remarks, see L. Moccia, *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, now in L. Moccia, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, Padova, 2016, p. 28 f.

¹⁷Cfr. L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, p. 846 ff.



the role of judges and to shape the techniques of judicial interpretation and of legal reasoning. Again, the motive of an integration re-emerges.

As a tentative conclusion of these remarks, it's possible to state that there is more and more the need for a comparative approach to the legal phenomenon. An approach being not focused to subdivide the legal globe in groups or families built on territorial boundaries, which prove to be uncertain and obsolete, but being able to educate a jurist conscious to have a role and a task projecting his professionalism in a supranational and transnational space, where national legal systems are integrated in a society whose distinctive mark is pluralism, especially in the legal field.



“COMPARATIVE LAW MADE IN TAIWAN”: OVVERO LA COMPARAZIONE GIURIDICA SENZA IL DIRITTO COMPARATO¹

SALVATORE CASABONA

SOMMARIO: 1. Il mondo senza diritto comparato. - 2. Evoluzione del sistema giuridico taiwanese: trapianti, esperimenti comparatistici e formazione internazionale del giurista.-3. La formazione “comparatistica” del giurista taiwanese.- 4. Conclusioni.

“Il diritto comparato a Taiwan non esiste”, questa è l’affermazione pettorale che un osservatore distratto o un ricercatore *sedentario* farebbe all’esito di una mera ricognizione sui piani di studio delle law school taiwanesi.

Ecco allora che, forse per gioco e di certo per sfida con me stesso, mi piace riflettere sul tema proposto dalla prospettiva di chi poco o nessun interesse sembra mostrare nei confronti del ricco bagaglio metodologico del diritto comparato, e di chi sorride candidamente davanti al mio stupore per l’assenza di un qualsivoglia insegnamento di “comparative law” o “comparative legal systems/traditions” nei piani didattici delle facoltà di diritto.

Un punto di vista alieno ed alienante, dunque, e ciò tanto nel senso della profonda diversità del contesto preso in esame rispetto a quello familiare all’osservatore, quanto con riferimento alla dimensione destrutturante di tutte quelle “idee ricevute” e condivise su come intendere il diritto comparato.

Chi dunque ha bisogno del diritto comparato (oltre i comparatisti, verrebbe da dire con una nota di cinismo) in un contesto in cui non si riconosce ad esso alcuna specificità scientifica e metodologica?

2. Alcuni brevissimi cenni sull’evoluzione dell’ordinamento giuridico taiwanese sono necessari per proseguire nel ragionamento intrapreso.

Subito va detto che l’identità del sistema giuridico che ci occupa comincia a definirsi dal 1895 in poi, quando l’isola diviene colonia dell’Impero giapponese ¹.

Prima di quella data, oltre duecento anni di dominio cinese, preceduto da brevi (e sostanzialmente ininfluenti sotto il profilo giuridico) esperienze coloniali (quella olandese e

*Un sentito ringraziamento ai professori Wen-Yeu WANG, , Tay-sheng WANG, Ching-Ping SHAO, e Ying Chieh WU della National Taiwan University – College of Law, che hanno contribuito, con preziosi suggerimenti e indicazioni bibliografiche, alla elaborazione del presente lavoro.

¹ Per una lettura generale sulla storia di Taiwan, cfr. Murray A. Rubinstein, *Taiwan: a new history*, East Gate Book, London, 2015; con riferimento all’evoluzione dell’ordinamento giuridico taiwanese, cfr. Tay-sheng Wang, *Translation, codification, and transplantation of foreign laws in Taiwan*, 25 Pac. Rim L. & Pol’y J. 307 2016; Tay-sheng Wang, *Taiwan, in* Poh-Ling Tan (a cura di), *Asian legal systems: law, society and pluralism in East Asia*, Butterworths, Sydney, 1997, p. 124-134; Tay-sheng Wang, I-Hsun Sandy Chou, *The Emergence of Modern Constitutional Culture in Taiwan*, 5 Nat’l Taiwan U.L. Rev. 1, 29–33 (2010); Tay-sheng Wang, *The Legal Development of Taiwan in the 20th Century: Toward a Liberal and Democratic Country*, 11 PAC. RIM L. & POL’Y J. 531, 531–39 (2002). In italiano, R. Cavalieri (a cura di), *Il diritto dell’Asia orientale*, Libreria Editrice Cafoscarina, Venezia, 2008; Gianmaria Ajani, Andrea Serafino, Marina Timoteo, *Diritto dell’Asia Orientale*, UTET, Padova, 2007.



spagnola, 1624-1662) nei fatti non consentono alcuna identificazione di Taiwan come sistema giuridico autonomo.

Durante il lungo periodo coloniale si verifica, soprattutto nei primi 30 anni, un innesto “selettivo” del diritto giapponese nell’ordinamento taiwanese sino ad allora a base tradizionale e consuetudinaria: così, mentre il sistema amministrativo, giudiziario e delle sanzioni penali viene imposto per garantire il controllo da parte dei nuovi governanti (implicando ciò il trapianto del codice penale, di procedura penale e di procedura civile di chiara ispirazione tedesca); differentemente, in un ottica di pacificazione e normalizzazione², il diritto di famiglia e delle successioni e persino quello relativo agli scambi commerciali rimane di fonte consuetudinaria locale.

Vieppiù, per aiutare i funzionari giapponesi a individuare e interpretare le consuetudini locali di Taiwan, viene istituita una Commissione governativa che, non limitandosi ad operare una mera traduzione linguistica delle stesse, procede ad interpretare il diritto a base consuetudinaria alla luce delle categorie giuridiche e dell’evoluzione giurisprudenziale del diritto tedesco del tempo: il risultato è una straordinaria opera di consolidazione e innovazione³.

Questa interessantissima e avvincente esperienza d’ibridazione e comparazione giuridica termina tuttavia nel 1923, data in cui il sopravanzare del nazionalismo giapponese impone il pieno recepimento dei quattro codici, i quali rimarranno sostanzialmente in vigore anche dopo la seconda guerra mondiale⁴.

Importante notare come, sotto il profilo della formazione del giurista⁵, sin dal 1910, gli aspiranti avvocati e giudici si trasferiscono in Giappone per proseguire gli studi⁶, il ché si traduce in una profonda influenza di quella cultura giuridica nel contesto taiwanese e tramite essa della tradizione tedesca, oggetto di un costante lavoro di traduzione e adattamento.

In seguito, invece, mete di elezione per il perfezionamento divengono rispettivamente la Germania⁷, negli anni ’60 del secolo scorso, comportando ciò un diretto accesso alle fonti tedesche, senza la mediazione culturale della dottrina giapponese; nonché gli Stati

² Edward I-te Chen, *The Attempt to Integrate the Empire: Legal Perspective*, in Ramon H. Myers, Mark R. Peattie (a cura di), *The Japanese colonial empire, 1895-1945*, Princeton University Press, 1984, p. 240 ss., 247.

³ Una versione in lingua inglese è rinvenibile in Santaro Okamatsu, *Provisional report on investigations of laws and customs in the island of Formosa*, 1902; Id., *Du mariage et du divorce selon le coutumes de l’île de Formose*, 30 J. Dr. Int’l Prive & Juris. Comparee 116 (1903); cfr. altresì Kitagawa Zentaro, *Theory reception – One aspect of the development of Japanese civil law science*, 4 Law Japan (1970) 1-16.

⁴ Chieng-liang Lee, *Rule of law in Taiwan: transplantation and codification*, in Wen-Yeu Wang (a cura di), *Codification in East Asia*, Springer, London, 2014, p. 167-177; Tsung-Fu Chen, *Transplant of civil code in Japan, Taiwan, and China: with the focus of legal evolution*, 6 NTU L. Rev. 389 2011.

⁵ Tay-sheng Wang, *Thinking of the development of legal education in Taiwan – An analysis of the history of law and society*, in Stacey Steele, Kathryn Taylor (a cura di), *Legal education in Asia : globalization, change, and contexts*, Routledge, New York, 2010, p. 321 ss.

⁶ Il primo taiwanese a diventare avvocato è Qingyao Ye nel 1918 e il primo magistrato di origini taiwanesi è Yan-sheng Huang, nel 1931, cfr. Tay-sheng Wang, *Thinking of the development of legal education in Taiwan – An analysis of the history of law and society*, in Stacey Steele, Kathryn Taylor (a cura di), *Legal education in Asia : globalization, change, and contexts*, Routledge, New York, 2010, p. 321 ss.

⁷ Juei-Cheng Jao, *Comparative law of limitation of actions in insurance in England, Germany and Taiwan: A step for harmonization*, 3 NTU L. Rev. 1 2008; Peter Axel Windel, Tong-Shuan Yang, *Is there a need for independent labour courts?*, 7 NTU L. Rev. 319 2012; Yashuo Hasebe, Jiunn-Rong Yeh, Wen-Chen Chang, Chao-Chun Lin, Shu-Perng Hwang, *The reception of the Rechtsstaat concept in Japan: its contraction in administrative law and expansion in constitutional law*, 4 NTU L. Rev. 215 2009.



Uniti, dagli anni '70 in poi, anche in ragione di equilibri geopolitici che vedevano (e tutt'ora vedono) Taiwan sotto l'ala protettiva della potenza nordamericana. Ecco allora la diffusione nelle università locali del metodo socratico⁸, di insegnamenti relativi all'analisi economica del diritto e ai *critical legal studies*, così come il trapianto giuridico di una serie numerosa di istituti soprattutto in materia di diritto commerciale e finanziario⁹, di diritto processuale penale¹⁰ e processuale civile¹¹.

La cultura giuridica dell'isola e il suo ordinamento sono così storicamente al centro d'intensissime dinamiche di *cross fertilization*: imposizioni normative e interpretazioni attualizzatrici del diritto consuetudinario durante il periodo coloniale giapponese¹²; imitazioni spontanee d'istituti provenienti dall'esperienza tedesca e nordamericana, considerate prestigiose *di per sé*, e soprattutto sino agli anni '80 oggetto di recezione acritica¹³; ma anche trapianti per così dire *di secondo livello*, laddove la versione giapponese di istituti stranieri provenienti dalla tradizione di common law (caso emblematico è la legge sul trust) viene considerata maggiormente adattabile alla realtà taiwanese rispetto alla versione proveniente direttamente dall'ordinamento esportatore¹⁴.

3. La breve ricognizione storica sin qui condotta aiuta a capire alcune caratteristiche che continuano a connotare e denotare il sistema giuridico taiwanese.

Innanzitutto, la stragrande maggioranza dei professori universitari di diritto ha una formazione post-lauream svolta in prestigiose istituzioni straniere¹⁵.

Si prenda, ad esempio il caso della National Taiwan University, (il cui college of law è il migliore dell'isola e si è posizionato nel 2017 al 38° posto nel ranking mondiale): solo uno sui 43 componenti del corpo docente della Facoltà di legge ha una formazione esclusi-

⁸ Kuan-Chun Chang, *The teaching of law in the United States: studies on the case and Socratic methods in comparison with traditional Taiwanese pedagogy*, 4 NTU L. Rev. 1 2009.

⁹ Wallace Wen-Yeu Wang, Carol Yuan-Chi Pang, *Minority controlling shareholders: an analytical framework and its application to Taiwan*, 2 NTU L. Rev. 81 2007; Dr. Li-Jiuan Chen, *The defensive measures in case of takeover under German Takeover Act and Delaware Corporate Law*, 2 NTU L. Rev. 93 2007; Andrew Jen-Guang Lin, *Common law influences in private law - Taiwan's experiences related to corporate law*, 4 NTU L. Rev. 107 2009; Yao-kuo Eric Chiang, *Horizontal model for regulatory reform of communications - The layers model reform in Malaysia and the UK, and proposals for Taiwan*, 8 NTU L. Rev. 1 2013; Ming-Jye Huang, *The Role of competent authority of competition law should play in regulations on parallel importation of works*, 1 E. Asian L. J. 41 2010.

¹⁰ Ming-Woei Chang, *Reforming the expert evidence system in Taiwan criminal justice: Lessons from the United States*, 10 NTU L. Rev. 255 2015.

¹¹ Kuan-Ling Shen, *Class action in taiwan: a new system created using the theory of "Right of Procedure Options"*, 5 NTU L. Rev. 39 2010.

¹² Sia consentito il rinvio a Salvatore Casabona, *Mediation in Taiwan: The ideology of harmony v. the ideology of justice* in A. Miranda (a cur di) *Mediation at the crossroad of different legal culture*, Rome, Aracne, 2014, p. 145 ss.

¹³ Approccio che ha talvolta prodotto il rigetto delle soluzioni importate. Esempio è quello del "charitable trust", recepito con legge ma caduto in disuso, preferendosi il ricorso all'istituto della fondazione.

¹⁴ Sul punto, sotto il profilo della recezione del trust nell'esperienza giapponese, si rinvia alla interessantissima ricostruzione contenuta in Frank Bennet, *Getting property right: informal mortgages in the Japanese courts*, 18 Pac. Rim L. & Pol'y J. 463, 477 (2009). Cfr. altresì Ying-Chieh Wu, *East Asian trusts at the crossroads*, 10 NTU L. Rev. 79 2015.

¹⁵ A tacere del fatto che sin dall'istituzione della prima università taiwanese (College of Liberal Arts and Political Science, Taipei Imperial University, nel 1928), i libri di testo adottati nei corsi di studio provengono dal mondo accademico giapponese, tedesco, americano, francese e inglese: comportando ciò un importante sforzo linguistico da parte dei discenti ma anche una loro *profonda acculturazione ad "altre" esperienze giuridiche*, sin dai primi passi della loro formazione.



vamente taiwanese, i restanti hanno conseguito dottorati di ricerca o LLM in Germania, USA, Giappone, Inghilterra e Francia¹⁶.

Da qui, l'identificazione di un primo dato di rilevanza sistemologica che appare emergere con nitore dalla prassi (confermata ampiamente dalle testimonianze orali dei tanti colleghi incontrati): l'esperienza internazionale è considerata una vera e propria *pre-condizione* per l'accesso alla carriera accademica.

Il dato ovviamente è gravido di conseguenze sulla formazione del sistema giuridico considerato e sul tema che qui ci occupa.

Innanzitutto, complice un certo senso di subalternità culturale rispetto alle “grandi” tradizioni giuridiche (prima tra tutte quella tedesca), è estremamente difficile trovare articoli di dottrina – e ciò a prescindere da quanto noi chiameremmo “settori scientifico-disciplinari” – dove non vi sia un continuo e attento riferimento a istituti giuridici stranieri, richiamati come “modelli” da imitare.

Similmente, tra l'altro, avviene all'interno della Corte Costituzionale di Taiwan, in cui 9 dei 15 giudici che compongono il collegio si sono specializzati all'estero: la conseguenza è quanto potremmo definire una “permeabilità naturale” della giurisprudenza costituzionale, seppur non sempre accompagnata da richiami espressi¹⁷, a soluzioni giuridiche straniere¹⁸.

Da una disamina dei curricula dei docenti universitari di materie giuridiche dei principali istituti universitari taiwanesi pubblici (National Taiwan University, National Taipei University, National Chengchi University), si evidenzia poi la costante presenza di pubblicazioni individuali almeno in due (se non tre) lingue: oltre il mandarino, l'inglese, il tedesco, il giapponese e talvolta il coreano.

Il dato ovviamente è di estremo interesse e rilevanza sotto il profilo della circolazione delle idee, ma ricorda a chi scrive i numerosi richiami fatti soprattutto ai “giovani comparatisti” (in occasione del XXI Colloquio biennale dell'Associazione italiana di diritto comparato, svoltosi a Venezia nel 2011) a un maggiore impegno nelle pubblicazioni in lingua straniera, e ciò appunto al fine di evitare una marginalità e autoesclusione in contesti internazionali.

¹⁶ Wen-Chen Chang, *Court and judicial reform in Taiwan: gradual transformations towards the guardian of constitutionalism and rule of law*, in Jiunn-Rong Yeh, Wen-Chen Chang (a cura di), *Asian courts in context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 143-182, 165.

¹⁷ Wen-Chen Chang, *Court and judicial reform in Taiwan: gradual transformations towards the guardian of constitutionalism and rule of law*, in Jiunn-Rong Yeh, Wen-Chen Chang (a cura di), *Asian courts in context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 143-182, 166: “Notwithstanding the scarcity of explicit citations, the interpretations of the Constitutional Court are rife with examples of foreign approaches like the principle of proportionality, the guarantee of due process, the political question doctrine, the distinction between content-based and content-neutral restrictions on expression, and the recognition of suspect classifications in equality cases”.

¹⁸ Wen-Chen Chang, Jiunn-Rong Yeh, *Judges as Discursive Agent: The Use of Foreign Precedents by the Constitutional Court of Taiwan*, in Tania Groppi, Marie-Claire Ponthoreau (a cura di), *The use of foreign precedents by constitutional judges*, Hart Publishing, 2013, p. 175 ss.

Cfr. altresì Wen-Chen Chnag, *An Isolated Nation with Global-minded Citizens: Bottom-up Transnational Constitutionalism in Taiwan*, in *National Taiwan University Law Review*, 2009, n. 3, p. 2013-235.



4. Sebbene la cultura giuridica taiwanese non riconosca alcuna specificità scientifica al “diritto comparato”, appare con una certa evidenza che la stessa non riesca al medesimo tempo neanche ad immaginare un giurista che non sia (anche) comparatista.

Ecco allora che il tema del “bisogno” del diritto comparato, meglio della comparazione giuridica, non si pone affatto nel contesto taiwanese. La domanda “who needs comparative law?” qui suona terribilmente “misleading”: la comparazione, intesa come attenzione a quanto accade in altri ordinamenti, è infatti un *fatto naturale*, direi spontaneo, come lo era – d’altro canto – nella riflessione dei grandi Maestri del passato nella tradizione giuridica occidentale.

Una naturalezza che discende dalla formazione internazionale che storicamente viene richiesta al giurista (soprattutto se operante nel mondo accademico), dalla perfetta conoscenza di almeno due lingue straniere, da un ordinamento giuridico, quello taiwanese, profondamente condizionato nel suo divenire da intensi e continui processi di imitazione e adattamento di soluzioni giuridiche provenienti dall’esterno.

Una comparazione, dunque, *senza confini* spaziali ma soprattutto di natura scientifico-disciplinare; una comparazione come concreto e indispensabile *strumento di lavoro* per osservare e ripensare il proprio ordinamento giuridico; infine, una comparazione *presa sul serio*, lontana forse dalla raffinatezza dello strumentario metodologico a noi noto, magari a tratti ingenua, ma di certo sforzo intellettuale autentico e sincero.



FAUSTO CAGGIA

Per un uso politico del diritto di famiglia comparato

SOMMARIO: 1. Le ragioni di una prospettiva politica degli studi comparatistici nel diritto di famiglia. - 2. La marginalizzazione del diritto di famiglia alla nascita della moderna comparazione come scelta politica. - 3. I valori progressisti come fattore del rilancio dei progetti internazionali di unificazione del diritto di famiglia. - 4. L'uniformazione del diritto di famiglia in Europa come terreno di dialettica politica. - 5. La politica come fattore di trapianto nel diritto di famiglia: l'esempio della circolazione del regime della separazione dei beni tra coniugi agli inizi del Novecento. - 6. Gli interessi politici serviti dal diritto di famiglia nella prospettiva di analisi di D. Bradley. - 7. La legge italiana sull'unione civile e sulla convivenza tra uso narrativo da parte dell'esecutivo e condizionamento della cultura politica.

1. Le ragioni di una prospettiva politica degli studi comparatistici nel diritto di famiglia.

Si è detto, di recente, che l'idea di famiglia e del suo regime giuridico, fatta propria da un ordinamento, è espressione dell'ideologia e della concezione politica che caratterizza quell'esperienza in un dato momento storico¹.

Oltre ad essere un suggestivo invito ad approcciare diversamente lo studio del diritto di famiglia, l'affermazione ci fornisce una prospettiva per tentare una risposta al quesito *Who needs comparative law?*, che anima questa discussione. In particolare, stringendo il campo della riflessione ai possibili usi del diritto di famiglia comparato, possiamo domandarci se la natura politica di questa partizione del diritto reagisca sulle applicazioni della comparazione giuridica e se ci fornisca anche qualche elemento di comprensione delle dinamiche sottese ai fenomeni di circolazione dei modelli e di trapianto in questo ambito.

Prima di procedere allo svolgimento di questa riflessione, conviene fare un cenno alla problematicità della relazione tra diritto di famiglia e diritto comparato. Sin dall'origine della moderna comparazione giuridica, il diritto di famiglia è stato negletto all'interno degli studi comparatistici, essendosi progressivamente affermata, nella dottrina, un'indubbia preferenza ad indagare i temi della proprietà, del contratto e della responsabilità civile. Solo negli ultimi decenni si è assistito a un graduale svilupparsi degli interessi della comparazione per questa materia, complice, da un lato, le pressioni verso l'uniformazione del diritto soprattutto in Europa, che ora investe anche questo settore, e la riscoperta, dall'altro, degli studi postcoloniali, che sul versante giuridico trovano nella famiglia uno dei terreni di espressione più fertili².

¹ È l'idea che percorre il saggio di M.R. MARELLA e G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

² Il dato è evidenziato da M.R. MARELLA e G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., pp. 9 s.; sul piano della misurazione empirica un indice può essere rappresentato dalla presenza di contributi di taglio comparatistico nella letteratura che si occupa di diritto di famiglia, tra cui, nel genere delle voci enciclopediche o dei lavori istituzio-



L'analisi della curva degli interessi della comparazione giuridica nel diritto di famiglia, sebbene limitata ai suoi momenti più significativi, può rilevarsi una prospettiva utile per comprendere l'incidenza delle scelte politiche o ideologiche maturate nell'ambiente dei giuristi su questa traiettoria e, forse, fornirci qualche elemento utile per leggere alcuni recenti sviluppi.

Proviamo a verificarne gli esiti.

2. *La marginalizzazione del diritto di famiglia alla nascita della moderna comparazione come scelta politica.*

Se si assume come termine iniziale della riflessione, l'origine della moderna comparazione giuridica, che convenzionalmente fissiamo nella data di celebrazione del Congresso di Parigi del 1900, si rimane colpiti da dati empirici di apparente contraddizione rispetto alla posizione del diritto di famiglia negli studi comparatistici di quegli anni.

Il congresso parigino segna un'apertura verso i temi del diritto di famiglia, dove dedica una delle sessioni di diritto civile ai regimi patrimoniali tra coniugi adottati dai diversi sistemi³, senza riuscire a produrre un interesse, negli studiosi del diritto comparato, a coltivare la materia negli anni successivi, nonostante che la sessione congressuale si fosse conclusa con le sollecitazioni di H. Levy-Ullmann a tornare sul tema per verificare quale dei modelli avesse realizzato i migliori risultati sul terreno dell'eguaglianza tra coniugi e dell'emancipazione della donna nel mondo del lavoro⁴.

Quali sono i motivi di questa freddezza della scienza comparatistica verso il diritto di famiglia?

È possibile provare a dare una risposta prendendo in considerazione almeno due argomenti: il primo riguarda il contesto, inteso come clima culturale e metodologico che circonda il diritto di famiglia in quegli anni; il secondo argomento insiste, anch'esso, su una questione metodologica relativa però alla funzione per cui è prevalentemente impiegato il diritto comparato agli inizi del Novecento.

Muoviamo dal contesto.

In questa fase il modello teorico e ricostruttivo elaborato da Savigny nel suo *System*, nella seconda metà dell'Ottocento⁵, esercita un condizionamento profondo sugli sviluppi del diritto di famiglia e, come vedremo, anche sull'agenda della scienza giuridica comparatistica⁶.

nali, è sufficiente richiamare H. D. KRAUSE, *Comparative Family Law. Past Traditions Battle Future Trends*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, a cura di M. Reimann e R. Zimmermann, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 1099 ss.; D. BRADLEY, (voce) *Family law*, in *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, a cura di J.M. Smits, Elgar, Cheltenham, 2006, pp. 259 ss.; M. ANTOKOLSKAIA, *Comparative family Law: Moving with Times?*, in *Comparative Law. A Handbook*, a cura di E. Örüçü e D. Nelken, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2007, pp. 241 ss.

³ Per un riscontro v. gli atti congressuali raccolti in *Congrès internationale de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900 – Procès-verbaux des séances et documents*, voll. 1-2, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1905-1907.

⁴ La posizione di Levy-Ullmann è riportata in *Congrès internationale de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900 – Procès-verbaux des séances et documents*, vol. 1, cit., pp. 127 ss., in part. pp. 131 ss.

⁵ Il riferimento è all'opera di F. K. V. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht*, vol. I-VIII, Berlin, 1840-1849, di cui, com'è noto, è disponibile la traduzione italiana curata da V. Scialoja dal titolo *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I-VIII, Torino, 1886.



Due pilastri teorici di questo modello appaiono decisivi per comprendere questo condizionamento: nella sua teoria, Savigny afferma che il regime giuridico della famiglia è principalmente condizionato dalla morale e dalla tradizione di un popolo, attribuendo così al diritto positivo un ruolo limitato nel determinare il contenuto degli istituti giuridici del diritto di famiglia. Il secondo assunto formulato dal giurista tedesco consiste nel riconoscere al diritto di famiglia una funzione costitutiva: dice Savigny, esso è funzionale alla costruzione di un determinato ordine sociale, con la conseguenza che su di esso insiste un interesse contingente della politica a controllarne gli sviluppi⁷.

Dall'attribuzione di questi caratteri s'intuisce l'adesione da parte di Savigny a una concezione della società e della famiglia di segno conservatore: affermare, infatti, la limitata capacità d'incidenza del diritto positivo significa riconoscere una sorta di "naturalità" della famiglia⁸. Se la famiglia preesiste al diritto, se addirittura essa n'è immune rispetto alle sue incursioni, il suo costume e la sua organizzazione risulta impermeabile alle trasformazioni sollecitate dall'esterno e, in particolare, dal diritto positivo. Nel limitare l'influenza esterna sulla famiglia, Savigny, in sostanza, poneva le premesse perché si diffondesse l'idea del diritto di famiglia come partizione strettamente legata alla tradizione e alla cultura di un popolo e si rafforzasse, allo stesso tempo, un modello di famiglia patriarcale, fondato sulla disuguaglianza tra i suoi membri e largamente diffuso nella società occidentale in quegli anni⁹.

Veniamo ora al profilo metodologico e funzionale che investe il diritto comparato negli anni all'inizio del Novecento.

Non è, infatti, complesso osservare una ricaduta del pensiero savigniano nelle parole pronunciate da uno dei principali promotori del congresso parigino qualche anno dopo la celebrazione dell'assise. Nel definire i confini dell'unificazione internazionale del diritto, E. Lambert afferma che il diritto di famiglia, al pari del diritto delle successioni, rappresenta un dominio del diritto all'intimità nazionale, luogo di resistenza del particolarismo giuridico, un ambito in cui l'uniformazione non appare percorribile, e forse neanche auspicabile¹⁰.

Al di là del peso specifico che quest'affermazione può avere avuto nell'incidere sulla posizione del diritto di famiglia negli studi comparatistici, la posizione manifestata da Lambert è esemplare in quanto non solo perfetta sintesi del combinato disposto tra modello savigniano e concezione strumentalista del diritto comparato ma soprattutto perché espressiva del suo valore politico.

In quegli anni il diritto comparato si lega, fino quasi a giustificare la sua esistenza sul piano epistemologico, al movimento per l'unificazione internazionale del diritto, con la conseguenza

⁶ Sull'influenza di Savigny nella genealogia del pensiero giuridico classico e sulle sue ricadute nella costruzione del diritto di famiglia v. D. KENNEDY, *Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought*, in *The American Journal of Comparative Law*, 58 (2010), pp. 811 ss.

⁷ La classificazione degli istituti di diritto di famiglia è collocata nella traduzione italiana dell'opera di F. K. v. SAVIGNY, nel vol. I, pp. 334 ss. e pp. 345 ss.

⁸ Una concezione che, secondo M.R. MARELLA e G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., p. 19, lascia traccia in alcune delle Costituzioni del primo e del secondo costituzionalismo.

⁹ Sulla natura ideologica di questa costruzione M.R. MARELLA e G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., pp. 5 ss.

¹⁰ Una posizione espressa in E. LAMBERT, *Le droit commun de la S.d.N – Ses organes actuels – Ses organes à venir*, in *Mémoires de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, I (1928), p. 126 ss.



che il ricorso al metodo comparatistico è, in questo senso, da intendersi come *strumentale* all'elaborazione della norma di diritto uniforme¹¹.

Se quindi il diritto di famiglia non è uniformabile, perché prodotto esclusivo del diritto nazionale, diviene di conseguenza poco utile ricorrere alla comparazione dei sistemi di diritto di famiglia. Il risultato politico di questa costruzione appare evidente: sono in questo modo preservate le prerogative dei legislatori nazionali nell'utilizzare il diritto di famiglia per definire l'ordine sociale, così come è scongiurato il rischio di condizionamenti provenienti dai processi d'internazionalizzazione del diritto.

3. I valori progressisti come fattore del rilancio dei progetti internazionali di unificazione del diritto di famiglia.

Nella dottrina di diritto comparato il clima di freddezza verso gli studi di diritto di famiglia intorno alla materia inizia gradualmente a sciogliersi intorno alla metà del Novecento. Sul mutato atteggiamento incidono di sicuro gli eventi dei conflitti mondiali e il rilancio di uno spirito di cooperazione che investe anche i giuristi. Accanto a questi dati, un ruolo importante dev'essere attribuito ad alcune novità sul piano dei metodi scientifici e in particolare al diffondersi del funzionalismo negli studi di diritto comparato¹².

Il passaggio dall'osservazione del dato formale delle regole alle soluzioni cui esse sono destinate si rivela, per la comparazione, lo strumento tecnico utile per superare il particolarismo giuridico dei modelli di diritto di famiglia e misurarne in concreto la distanza, e quindi rilevarne la convergenza sul piano operativo. Al diffondersi del metodo funzionalista si devono affiancare, per comprendere le ragioni del rinnovato interesse della comparazione per il diritto di famiglia, i processi di diritto positivo e, in particolare, le stagioni di riforma che si aprono nei diversi ordinamenti occidentali dagli anni sessanta in poi. In questa fase il ricorso alla comparazione giuridica è stimolato dall'agenda delle riforme in quanto si prende coscienza che l'osservazione dell'esperienza straniera diviene un utile strumento per i legislatori che decidono di modernizzare il diritto di famiglia nazionale¹³.

Ma è ancora sul terreno dei processi di uniformazione internazionale del diritto che occorre verificare questo rilancio degli studi di diritto di famiglia comparato.

In questo senso appare esemplare la riflessione sviluppata nel saggio di W. Müller-Freienfels dal titolo *The Unification of Family Law* che compare nell'*American Journal of Comparative Law* alla fine degli anni sessanta¹⁴. In questo lavoro l'autore rappresenta un quadro molto diverso

¹¹ Per comprendere l'intersezione profonda che si produce, in quegli anni, tra comparazione e uniformazione del diritto sul piano metodologico è sufficiente richiamare H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Cambridge, Cambridge University Press, rist. 1971, (ma 1949), p. 173 s., il quale distingue tre fasi nell'elaborazione di un testo di diritto uniforme (*preliminary or exploratory stage, formulatory stage e operative stage*), affidando alla comparazione il compito preliminare di confrontare le regole dei diversi ordinamenti.

¹² Sull'origine e sui caratteri del metodo funzionalista non è eludibile il rinvio a E. RABEL, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, pubblicato in *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht*, 13 (1924), pp. 24 ss., e poi raccolto nei *Gesammelte Aufsätze*, vol. III, Mohr, Tübingen, 1967, pp. 1 ss., e la sistemazione operata da K. ZWIEGERT e H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, Milano, 1998, pp. 34 ss.

¹³ Il processo è messo in evidenza da M. A. GLENDON, *The Transformation of Family Law. State, Law, and Family in the United States and West-Europe*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1989.

¹⁴ Nel vol. 16 (1968), pp. 175 ss.



dal panorama che le parole di Lambert sembravano preconizzare alcuni decenni prima. I dati che Müller-Freienfels mette in ordine ci restituiscono l'idea che, nonostante il carattere introverso tradizionalmente attribuito al diritto di famiglia, numerosi progetti di unificazione internazionale del diritto di famiglia, soprattutto in ambito regionale, sono realizzati o semplicemente tentati. Nello spiegare l'esistenza di questi fenomeni il giurista tedesco sottolinea l'esistenza di alcuni processi di fondo che hanno rappresentato il terreno fertile perché essi potessero attecchire: dalla seconda metà del secolo scorso gli ordinamenti occidentali conoscono un processo di trasformazione sociale caratterizzato dall'avanzata dell'industrializzazione e dall'emancipazione della donna nel mondo del lavoro, che inevitabilmente incide nell'organizzazione della famiglia e nella sue strutture giuridiche; da qui, sotto il profilo degli elementi istituzionali dei sistemi, i modelli occidentali di diritto di famiglia conoscono un processo di sottrazione all'influenza dei diritti religiosi e una modernizzazione della disciplina ispirata ai valori di libertà, eguaglianza e solidarietà tra i membri del gruppo anche per effetto del costituzionalismo di seconda generazione. Accanto a questi fattori il saggio di Müller-Freienfels registra anche il mutato clima nella scienza giuridica, dove si diffonde, dopo la chiusura dei codici, una considerazione dei principi sovranazionali e un senso di appartenenza a una comunità cosmopolita, non chiusa nei confini nazionali, da cui una conseguente ripresa del dialogo comparatistico.

4. *L'uniformazione del diritto di famiglia in Europa come terreno di dialettica politica.*

All'interno dei fenomeni di unificazione regionale una collocazione significativa viene occupata dai progetti che s'inseriscono nel più ampio processo di costruzione di un diritto privato europeo. Nonostante la scelta compiuta dall'Unione Europea di percorrere una uniformazione limitata alla disciplina delle relazioni familiari transfrontaliere, e quindi limitandosi a regolamentare i profili internazional-privatistici del diritto di famiglia, dal 2001, nell'ambito della comunità dei giuristi europei, alcuni tra i principali studiosi della materia si riuniscono nella *Commission on European Family Law*, che lavora sulla redazione di principi di un diritto di famiglia europeo nella prospettiva di fornire modelli di legge a disposizione degli intenti riformatori dei legislatori nazionali o delle istituzioni europee per essere d'ausilio nella redazione dei regolamenti in materia¹⁵.

Per comprendere in che senso anche questo esempio di uniformazione europea riveli sul terreno della dimensione politica del diritto di famiglia, conviene porre l'attenzione sulle premesse teoriche, su cui il dibattito sulla formazione di un diritto di famiglia europeo prende piede e sulle tecniche adoperate per realizzarlo.

I sostenitori della percorribilità di un diritto di famiglia europeo sono persuasi dall'idea che gli ordinamenti nazionali conoscono un processo di spontanea convergenza nel senso dell'adozione di modelli di disciplina informati ai principi di laicità, libertà, autonomia ed eguaglianza dei membri del gruppo familiare. Questo processo sarebbe favorito anche dall'adesione dei singoli ordinamenti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che rappresenta un testo condiviso di garanzie fondamentali anche in materia familiare, attecchendosi, attraverso la giuri-

¹⁵ Sugli obiettivi e sui metodi di lavoro di questa commissione v. K. BOELE-WOELKI, *The principles of european family law: its aims and prospects*, in *Utrecht Law Review*, 1 (2002), pp. 160 ss. e i contributi raccolti nel volume *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, a cura di Ead., Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2003.



sprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, come un fattore di pressione per lo sviluppo dei sistemi di diritto di famiglia¹⁶.

Alla luce di questi dati "la dottrina della convergenza" afferma una visione positivista del diritto di famiglia, affermando che l'evoluzione nel senso dell'adozione di modelli progressisti di disciplina delle relazioni familiari è un processo ineludibile, laddove la sola differenza riguarda i tempi di realizzazione da parte dei singoli ordinamenti. All'interno di questo processo la redazione di progetti di diritto uniforme serve ad anticipare un esito, una volta adottati, che i tempi di trasformazione dei sistemi prima o poi realizzano.

Per quanto riguarda la scelta delle tecniche di redazione dei progetti di diritto uniforme gli obiettivi di promozione di valori progressisti, fatti propri dalla *Commission on European Family Law*, cedono il passo di fronte alle esigenze di raccogliere il consenso di giuristi provenienti da esperienze diverse. Il metodo del *better law*, finalizzato alla selezione della regola che meglio può servire obiettivi di tutela o particolari interessi di natura familiare, si alterna con la tecnica del *common core*, che al contrario individua la linea del compromesso a un livello inferiore di avanzamento della disciplina del rapporto familiare.

I termini della disputa politica si chiariscono se si prendono in considerazione le critiche formulate ai progetti di unificazione del diritto di famiglia in Europa.

Oggetto di revisione critica sono, in primo luogo, le premesse su cui si fonda "la dottrina della convergenza" e, in particolare, l'idea che i sistemi europei conoscono un processo di evoluzione che si muove lungo una linea ideale tracciata dai valori di progresso e modernizzazione. Quest'assunto, che rivela quasi una concezione savignana del diritto di famiglia, che spontaneamente si manifesta nella storia, viene contestato dall'analisi critica del diritto. Essa argomenta che sul terreno degli sviluppi del diritto di famiglia gli ordinamenti conoscono, al contrario, linee di frattura, laddove i sistemi giuridici ritenuti tradizionalmente progressisti segnalano sorprendenti arresti rispetto all'affermazione di quei valori mentre esperienze caratterizzate da una disciplina delle persone e della famiglia dai tratti conservatori, e quindi da ritardi nel senso della modernizzazione, non si sottraggono, in alcuni momenti del loro sviluppo, all'adozione di riforme di taglio progressista¹⁷.

Anche le critiche alle tecniche di redazione dei modelli europei di diritto uniforme rivestono, in parte, un significato politico. Una visione formalista del diritto sembra condizionare il metodo del *common core*, dal momento che la selezione della regola comune a più ordinamenti tradisce una superficiale considerazione della dinamica interna dei formanti rispetto alla sua elaborazione ed elude la questione della non facile identificazione del rapporto tra regola ed eccezione nei singoli sistemi¹⁸. Su un terreno più strettamente economico e sociale si muovono le critiche alla tecnica del *better law*, tacciata di scarsa considerazione degli effetti redistributivi delle norme di diritto di famiglia in un ordinamento: può condurre a delle sviste, si afferma, giudicare in astratto quale

¹⁶ Sul ruolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'inaugurare l'età dei diritti per i sistemi europei di diritto di famiglia e favorirne il processo di laicizzazione D. BRADLEY, (voce) *Family law*, cit., pp. 261 s.

¹⁷ Una discontinuità evidenziata da M.R. MARELLA, *L'armonizzazione del diritto di famiglia in Europa. Metodi e obiettivi*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S. Panunzio, Napoli 2005, pp. 511 ss., in part. pp. 534 ss., dove alcuni esempi.

¹⁸ Il rilievo in M.R. MARELLA e G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., pp. 127 ss.



sia la regola migliore, se non si hanno presenti quali sono le sue ricadute redistributive e le interazioni che il diritto di famiglia presenta con altre branche del diritto e con le politiche pubbliche¹⁹.

5. *La politica come fattore di trapianto nel diritto di famiglia: l'esempio della circolazione del regime della separazione dei beni tra coniugi agl'inizi del Novecento.*

Pur investiti da contestazioni e critiche che ne mettono in discussione la legittimità e la reale ampiezza, i fenomeni di convergenza e di unificazione dei sistemi europei di diritto di famiglia concorrono a far emergere un carattere di questo settore, che era stato sostanzialmente negato dalla prima comparazione giuridica: anche il diritto di famiglia, al pari del diritto dei contratti, della proprietà e della responsabilità civile, può essere oggetto di fenomeni di circolazione dei modelli giuridici.

La trapiantabilità del diritto di famiglia viene problematicamente sostenuta in un noto saggio²⁰, in cui si sottolinea che la presenza di caratteristiche sociali omogenee tra gli ordinamenti è un elemento decisivo perché uno stesso modello di diritto di famiglia possa servire gl'interessi di paesi diversi, laddove invece la distanza geografica e culturale esistente tra i sistemi si frappone alla circolazione dei modelli giuridici, con la conseguenza che il particolarismo giuridico, inteso come dato emergente dal confronto comparatistico tra sistemi, non può essere indicato come un carattere superato del diritto di famiglia²¹.

Vi è quindi, tutt'ora, un grado d'impermeabilità significativo da parte dei sistemi giuridici rispetto alla recezione di modelli stranieri di diritto di famiglia, che si attenua a fronte della presenza di alcune condizioni che ne limitano o favoriscono l'apertura di un ordinamento. Per comprendere le variabili di questa predisposizione occorre interrogarsi intorno ad un quesito, provando a fornire una risposta che ci permetta di analizzare i processi di convergenza per effetto della circolazione dei modelli così come il persistere delle differenze all'interno di un'ipotesi teorica meno generica delle argomentazioni tradizionalmente utilizzate dalla dottrina per spiegare questi fenomeni. Si tratta in sostanza di chiarire se esista un'intima associazione tra il diritto di famiglia e un determinato ordinamento giuridico e, se sì, di comprendere quale sia la natura di questa relazione e cosa questa comporta per l'evoluzione dei sistemi²².

Un tentativo recente di fornire una risposta a questi interrogativi muove dalla considerazione di alcuni esempi formulati da Alan Watson nel suo studio sui trapianti giuridici. A sostegno della sua teoria sull'autonomia dei fenomeni di mutazione giuridica dai fattori sociali e istituzionali di un sistema, egli sottolinea che anche il diritto di famiglia, e in particolare con riferimento ai regimi patrimoniali tra coniugi, non sia estraneo ai fenomeni di recezione, dove è possibile osservare, nella prima metà del secolo scorso, l'adozione di modelli di disciplina di contenuto molto simili in società distanti geograficamente e diverse sotto il profilo dell'organizzazione sociale, così

¹⁹ Una critica formulata in occasione del progetto di disciplina comune del divorzio e del mantenimento *post-divorzile* elaborato dalla *Commission on European Family Law*, che secondo D. BRADLEY, (voce) *Family law*, cit., pp. 262 s., non considera adeguatamente il fatto che le legislazioni nazionali in materia spesso s'inseriscono in più ampi programmi politici e sono accompagnate da interventi economici a sostegno alle famiglie economicamente più deboli; in questo senso anche M. R. MARELLA e G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., pp. 127 ss.

²⁰ Il riferimento è a O. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *The Modern Law Review*, 37 (1974), pp. 1 ss.

²¹ In particolare cfr. gli esempi fatti da O. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, cit., pp. 13 ss.

²² I due interrogativi sono formulati da D. BRADLEY, *Family law*, cit., p. 263.



come modelli di regolamentazione dei rapporti patrimoniali di contenuto diverso risultano essere applicati in comunità confinanti e molto simili nel costume²³.

Se al giurista scozzese l'esempio della recezione dei regimi patrimoniali tra coniugi appare come una conferma che le trasformazioni del diritto determinate dai trapianti seguissero una dinamica autonoma rispetto ai fattori sociali e istituzionali di un sistema giuridico, diversa appare la spiegazione a questo fenomeno, di recente, fornita dal comparatista inglese David Bradley. Questi ritiene che la diffusione del regime della separazione dei beni tra coniugi nel diritto inglese e nel diritto russo nel periodo imperiale e in quello appena successivo alla rivoluzione bolscevica, con l'adozione del codice della famiglia del 1918, si può spiegare con la circostanza che questo modello si rivela funzionale agli interessi dei ceti alto borghesi dell'Inghilterra vittoriana e dell'aristocrazia zarista e all'affermazione dell'idea di eguaglianza e del valore dell'autodeterminazione della società che pervade il primo socialismo russo.

Si rovescia in questo modo la tesi watsoniana con riferimento al diritto di famiglia, nel senso che la scelta del regime patrimoniale nella disciplina del matrimonio appartiene alle decisioni politiche che classi sociali o *élites* al potere possono compiere in un sistema in un dato momento storico. Una conferma di questa tesi viene proprio dall'osservazione degli sviluppi del diritto di famiglia nelle fasi successive del socialismo russo: non è, infatti, casuale che questo modello di disciplina sia stato sostituito dal regime della comunione dei beni, quando l'idealismo socialista della fase originaria viene soppiantato dal pragmatismo dell'Unione Sovietica e dalle politiche di limitazione della libertà contrattuale e di protezione della donna²⁴.

6. Gli interessi politici serviti dal diritto di famiglia nella prospettiva di analisi di D. Bradley.

La spiegazione fornita in merito alle ragioni della circolazione del regime di separazione dei beni tra coniugi è il dato di partenza da cui D. Bradley ulteriormente approfondisce la natura della relazione che il diritto di famiglia istituisce con un ordinamento. La natura di questa relazione è strettamente politica in quanto il diritto di famiglia, sottolinea il giurista inglese, è uno degli strumenti principali in possesso dei legislatori per realizzare obiettivi politici e di politica del diritto, con la conseguenza che in questa dimensione devono essere collocate le ragioni sottese ai trapianti giuridici in questo settore, così come spiegare i peculiari adattamenti che la recezione di un modello straniero può subire.

La natura politica della relazione tra diritto di famiglia e sistema giuridico è non solo confermata dall'osservazione dell'evoluzione e delle riforme adottate da alcuni ordinamenti giuridici europei negli ultimi trent'anni ma l'elencazione dei diversi interventi e la loro considerazione nel contesto politico e istituzionale permettono di sottolineare i molteplici interessi di natura politica serviti dal diritto di famiglia.

Si prenda l'esempio delle riforme della disciplina del mantenimento *post-divorzile* realizzate nel diritto svedese alla fine degli anni settanta, che hanno comportato una riduzione della prestazione economica somministrata alla donna. Esse manifestano un'importanza che non si esaurisce nella regolamentazione dei rapporti di diritto privato ma sono esemplari per comprendere l'utilità del diritto di famiglia a perseguire scelte di politica economica.

²³ Gli esempi sono riportati in A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, The University of Georgia Press, Athens, 1993 (ma 1974), pp. 107 ss.

²⁴ In questo senso D. BRADLEY, (voce) *Family law*, cit., p. 267.



La riduzione del mantenimento economico in Svezia aveva, infatti, la finalità di favorire l'indipendenza dalla donna e la sua emancipazione dalla dipendenza economica dall'*ex* marito ed era contestualmente accompagnato da interventi di riforma nel mercato del lavoro per rendere le sue strutture e la sua organizzazione più disponibili all'inserimento del soggetto femminile, secondo programmi di politica del diritto che hanno caratterizzato la fase della così detta "offensiva socialista" vissuta da questo paese agli inizi degli anni settanta²⁵.

L'esempio apportato alla discussione non è solo utile a comprendere questa prima applicazione del diritto di famiglia nel disciplinare gli interessi di natura politica, che emergono in un ordinamento, ma è altresì significativo per comprendere come la funzione degli interventi in questa materia e la loro operatività in un dato sistema non possono essere valutate esclusivamente a fronte di un'analisi astratta dei modelli, ma devono essere necessariamente considerate alla luce delle connessioni che tali interventi presentano con altri settori o branche del diritto, come, nell'esempio formulato poc'anzi formulato, la disciplina del mercato del lavoro nell'ordinamento svedese.

Il significato politico del diritto di famiglia non si limita semplicemente alla realizzazione di obiettivi di politica economica, un dato peraltro noto al giurista, o come espressione di una particolare cultura politica. Interventi in questo ambito possono servire anche a rinforzare o a giustificare una determinata narrazione o un determinato discorso politico.

A tale proposito si prenda l'esempio della legislazione a sostegno della condizione dei minori introdotta nel diritto inglese agli inizi degli anni novanta. Questi interventi si collocano all'interno di una stagione di riforme portate avanti da governi di segno neoconservatore, durante la quale sono adottati interventi di privatizzazione di ampi settori dell'economia e di politiche di riduzione della spesa pubblica, mentre il nuovo diritto dei minori serviva, sul piano narrativo, a fornire un'idea civilizzata del "mercato" e a riequilibrare un'immagine pubblica di un governo insensibile alla condizione dei soggetti più deboli²⁶.

7. La legge italiana sull'unione civile e sulla convivenza tra uso narrativo da parte dell'esecutivo e condizionamento della cultura politica.

La funzione del diritto di famiglia nel concorrere alla formazione di un discorso politico e i condizionamenti che esso può ricevere da una cultura politica, operante all'interno di un sistema, sono due elementi della nostra riflessione che ora possiamo osservare, nella loro operatività, analizzando una novità che ha interessato il diritto di famiglia italiano.

In particolare s'intende prendere in considerazione la legge 20 maggio 2016, n. 76, che, introducendo l'unione civile destinata ai soggetti omosessuali che vogliano formalizzare la loro relazione e la disciplina delle convivenze fuori del matrimonio tra soggetti eterosessuali e tra omosessuali, ha senza dubbio ulteriormente marcato l'apertura del sistema italiano di diritto di famiglia al riconoscimento del pluralismo dei modelli familiari²⁷.

²⁵ L'esempio è riportato in D. BRADLEY, *A Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation*, in *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, cit., pp. 65 ss., in part. p. 73; un riferimento anche in D. BRADLEY, (voce) *Family Law*, cit., p. 265.

²⁶ Su questa funzione del diritto di famiglia v. in part. D. BRADLEY, (voce) *Family Law*, cit., p. 265.

²⁷ Sulla presenza di questo carattere, già prima dell'ingresso della legge nel sistema, v. P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, pp. 109 ss. e ripubblicato in *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del di-*



L'introduzione di una pluralità di modelli familiari disciplinati dal diritto e la conseguente estensione dei diritti di natura privatistica e sociale alle nuove famiglie non merita solo una menzione per l'importanza sul terreno dei processi normativi del diritto di famiglia italiano ma, anzi, richiede un'analisi allargata a considerare il contesto politico per comprendere le ragioni per cui tale processo si afferma in una determinata fase del sistema italiano e qual è il significato politico di questo intervento.

Dietro l'obiettivo dell'allargamento dei diritti alle coppie omosessuali e delle convivenze fuori dal matrimonio è possibile svelare un significato più profondamente connesso ai processi politici degli ultimi anni, se si tengono presente alcuni provvedimenti normativi adottati qualche mese prima dal governo di coalizione in carica in quel momento, composto da forze politiche progressiste e altre di tradizione conservatrice, che si fa promotore dell'iniziativa di legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Similmente a quanto accaduto durante la stagione delle riforme della legislazione inglese sui minori che abbiamo citato, questa legge è introdotta successivamente all'adozione della nuova disciplina del mercato del lavoro con l'emanazione della legge 10 dicembre 2016, n. 183 (c.d. *Jobs Act*), che modifica, tra gli altri effetti, il regime dei rimedi per il licenziamento ingiustificato, spostando il sistema di diritto del lavoro da una tutela reale a una tutela per equivalente del posto di lavoro.

Come osservato nell'esperienza inglese²⁸, anche in questo caso è possibile scorgere nel processo indicato e nella sua tempistica il tentativo di modificare la narrazione politica delle azioni intraprese da un esecutivo e di spostare l'attenzione dall'attacco alle tutele e ai diritti sociali dei lavoratori, introducendo l'elemento retorico e comunicativo dell'attenzione per i diritti civili. Si tratta, in sintesi, del consueto scambio realizzato dalle politiche neo-liberali, che a fronte della riduzione delle tutele sociali e dell'introduzione di criteri di efficienza nella disciplina del mercato offrono la controprestazione di un allargamento dei diritti per minoranze fino a quel momento discriminate.

Al fianco di questo profilo appare interessante sottolineare, ai fini del ragionamento che ci sta impegnando, sottolineare una soluzione di disciplina presente nella legge, che ci sembra un tipico prodotto del condizionamento che una cultura politica può esercitare sulla formazione di una legge di diritto di famiglia.

Dopo una prima fase caratterizzata dall'introduzione di una forma di riconoscimento delle coppie omosessuali alternativa al matrimonio e dall'adozione di regolamentazioni minimaliste sotto il profilo dell'attribuzione dei diritti e orientate a favorire l'esercizio dell'autonomia dei membri per definire il contenuto del rapporto, gli ordinamenti giuridici hanno avviato un percorso di graduale equiparazione della condizione giuridica delle coppie omosessuali allo *status* matrimoniale, approdando, in larga parte dei sistemi, all'introduzione del matrimonio *same-sex*²⁹. Muovendosi in modo coerente rispetto a questa prospettiva anche il legislatore italiano si è ispirato ai

ritto di famiglia italiano, Torino, 2000, pp. 1 ss.; per una diversa lettura del fenomeno del pluralismo F. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 509 ss.

²⁸ Si v. quanto sostenuto nel par. 6 e nella citazione alla nota 26 in questo lavoro.

²⁹ Sull'ambivalente funzione dei modelli di regolamentazione delle coppie omosessuali fondati sul paradigma dello *status* del matrimonio v. le riflessioni di M.R. MARELLA e G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., pp. 94 ss., secondo i quali l'introduzione del matrimonio omosessuale negli ordinamenti segna il declino delle ambizioni di costruire un modello egualitario delle relazioni di coppia e, tuttavia, allo stesso tempo questa scelta opera una funzione redistributiva in quanto l'apertura dell'istituzione matrimoniale agli omosessuali permette un accesso ai benefici sociali tradizionalmente riconosciuti in favore dei coniugi eterosessuali.



modelli di equiparazione tra coppie eterosessuali e omosessuali, dal momento che la legge n. 76 del 2016 richiama l'applicazione della disciplina del matrimonio del codice civile per regolamentare le relazioni tra omosessuali formalizzate con la celebrazione dell'unione civile.

Tuttavia, nel disciplinare gli effetti personali della costituzione dell'unione civile, al comma 11 dell'art. 1, il legislatore riproduce, da un lato, il contenuto dell'art. 143 c.c. sui doveri coniugali ma esclude, dalla formulazione della norma, il riferimento all'obbligo di fedeltà³⁰. Il comma 11 dell'art. 1, così formulato, non produce solo un effetto di disciplina nel rapporto dell'unione civile ma riverbera le sue conseguenze anche nella disciplina del matrimonio eterosessuale e nel sistema di diritto di famiglia: l'esclusione del dovere dalla disciplina dei rapporti personali tra soggetti omosessuali uniti civilmente rimarca implicitamente l'importanza della fedeltà nel matrimonio tra soggetti eterosessuali, quasi ribadendone una inderogabilità che appariva superata.

Allo stesso tempo questa scelta di regolamentazione sembra riaffermare la posizione di privilegio del matrimonio, nell'intenzione anche di segnalare, e quindi svolgendo la funzione comunicativa propria della norma di diritto di famiglia, la maggiore serietà dell'istituzione matrimoniale rispetto al vincolo contratto, confinando così, nella labilità degli affetti e dei sentimenti, gli altri modelli di relazione.

Vi sono delle ragioni di natura politica che possano giustificare questa scelta?

La risposta a questa domanda va cercata al livello dell'eterogenea composizione politica del governo, che si fa promotore dell'iniziativa di legge, e in particolare nell'esigenza della componente conservatrice della maggioranza parlamentare di segnalare ai ceti sociali e alle *élites* religiose di riferimento di essere riuscita a tenere una linea di resistenza a tutela della istituzione matrimoniale e nel senso di rimarcare una differenziazione rispetto agli modelli di relazione.

L'esclusione del dovere di fedeltà dalla disciplina dell'unione civile tra soggetti omosessuali sembra confermarci un dato già emerso. L'analisi causale dei trapianti nel diritto di famiglia dev'essere condotta sul terreno politico e istituzionale in quanto si ha recezione del modello straniero, se esso è funzionale alla realizzazione d'interessi politici, così come, sempre su questo terreno, può essere spiegato il suo adattamento in sede di recezione, e quindi il persistere di differenze tra i sistemi di diritto di famiglia.

³⁰ È, in vero, opportuno precisare che il legislatore dell'unione civile, al pari del dovere di fedeltà, non riproduce l'obbligo alla collaborazione nell'interesse della famiglia, contenuto anch'esso nell'art. 143 c.c., nel presumibile tentativo di non approdare, almeno sul terreno dei testi positivi, a una qualificazione dell'unione come famiglia.



STUDI E RICERCHE

I POTERI 'COGNITIVI' DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NEL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA PER L'ESECUZIONE DELLE SENTENZE CIVILI IN DANNO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

CARLO D'ORTA

1. Se parte soccombente tenuta a ottemperare alla sentenza di condanna del giudice civile sia una pubblica amministrazione è possibile che insorgano talune complessità.

Una certa ritrosia a eseguire il *dictum* civile, da parte della Pubblica Amministrazione, si spiega in vario modo.

Deve tenersi conto della volontà di questa formantesi per intero all'interno di un procedimento amministrativo; dei fini istituzionali della P.A. direttamente interessata; degli aspetti contabili e di bilancio. Si aggiungano difficoltà ulteriori attinenti ai profili di giurisdizione posto che il giudice ordinario è sfornito di potere di intervento e impossibilitato a disporre l'annullamento dell'atto amministrativo: al più, può imporne la disapplicazione e rimandare alla pubblica amministrazione la revoca dell'atto, o sollecitare un'attività ulteriore della stessa P.A. atta tale da realizzare l'effettiva soddisfazione della parte vittoriosa in sentenza.

Agire per l'esecuzione in forma specifica del *dictum* civile si rivela, sovente, arma spuntata valendo altre modalità rispetto a quelle previste dal codice di procedura civile¹.

Reale utilità presenta il giudizio di ottemperanza (introdotto dall'art. 25, n. 6, R.D. 2 giugno 1889, n. 6166, confermato dall'art. 27, n. 4, del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, per dare attuazione all'art. 24 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E²) – ancora scarsamente utilizzato – promuovibile innanzi al giudice amministrativo. Modo di esecuzione delle sentenze pronunziate dai giudici civili, in danno della P.A., che comporta vantaggi rispetto alle forme dell'esecuzione forzata, in specie, se l'esecuzione del pronunciato civile produca

¹ In tema, si rimanda alla voce enciclopedica curata da C. MANDRIOLI, s. v. «Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare», in *Dig. civ.*, VII, Torino, 1991, pag. 553.

² Negli assetti di fine '800, tempo storico di introduzione del giudizio di ottemperanza, il rimedio venne concepito come strumento rigidamente finalizzato all'esecuzione delle sentenze emesse dal giudice ordinario ponendosi un obbligo, a carico dell'amministrazione pubblica, di conformarsi al *dictum* civile avente ad oggetto la lesione di un diritto soggettivo e comportante l'accertamento incidentale dell'illegittimità dell'atto amministrativo emesso da quella stessa Amministrazione. All'esito della sentenza civile, pertanto, cadeva nella facoltà dell'interessato vittorioso di chiedere all'Amministrazione l'annullamento dell'atto riconosciuto in sede civile lesivo del diritto soggettivo e dichiarato incidentalmente illegittimo, e, nella ipotesi di inottemperanza, si apriva la possibilità di investire della questione il Consiglio di Stato. Vigendo la netta separazione dei poteri - giudiziario e amministrativo - quel sistema attribuiva al Consiglio di Stato ruolo di organo interno all'amministrazione, per vero, sopravvenendo la natura giurisdizionale a distanza di tempo con la legge 7 marzo 1907, n. 62, mediante cui si giungeva a prevedere l'impugnativa delle decisioni del Consiglio di Stato innanzi alla Corte di Cassazione per motivi inerenti la giurisdizione. La diacronia delle vicende che interessano tali sviluppi sino a configurare la connotazione attuale del Consiglio di Stato quale 'organo ausiliare' a cui l'art. 100 Cost. demanda funzioni di «consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione», per tutti, in N. SARTTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2009, *passim*.



un'obbligazione di *facere*, il compimento di una data attività, ovvero, di *non facere*, la rimozione di un atto, da parte della P.A.: in concreto, se il giudicato presenti ad oggetto la lesione di un diritto soggettivo e si giunga all'accertamento incidentale dell'illegittimità dell'atto amministrativo causa prima della lesione di quel diritto. Al giudice amministrativo è dato disporre la nomina di un commissario *ad acta*, normalmente in organico presso la stessa P.A. soccombente, con poteri di controllo e investito del compito di dare esecuzione alla pronuncia giudiziale³.

L'utilità del rimedio, pertanto, è nella possibilità di incidere concretamente sulla condotta della P.A. vincendone le resistenze ad adempiere e realizzare, infine, la soddisfazione della parte vittoriosa nel giudizio presupposto. E certa utilità attiene alla rapidità che ne consegue: rispetto ai tempi occorrenti per l'esecuzione forzata il giudizio di ottemperanza appare in tal senso preferibile, a maggior ragione, se per la P.A. si renda necessario apprestare ulteriori pertinenti attività così che possa idoneamente omologarsi al *dictum* civile⁴.

2. Orientamento insistito del Consiglio di Stato è che viga compatibilità dei rimedi di tutela apprestati dalla procedura civile e dalla procedura amministrativa essendone consentito il cumulo: la parte risultata vittoriosa nel giudizio civile, onde conseguire l'obiettivo del-

³ Indubbio merito della Corte Costituzionale è aver reso opportune delucidazioni rimettendo a punto, entro attendibili confini tecnici, il concetto giuridico di 'esecuzione' caposaldo della dottrina generale del processo (pronunce Corte. Cost., 8 settembre 1995, n. 419; Corte. Cost., 15 settembre 1995, n. 435). Partendo dal profilo romanistico - *ex sequor* - esecuzione è situazione che mai è possibile derogare qualunque sia lo status del soggetto, e dell'organo, nei cui confronti si orienti il comando emanato dal giudice ed è principio che vale, allo stesso modo, per i comandi emanati dal giudice ordinario di cui sia destinataria la p.a. tenuta a ottemperare. Si esprime, in tal guisa, il giudice delle leggi: «Una volta intervenuta una pronuncia giurisdizionale la quale riconosca come ingiustamente lesivo dell'interesse del cittadino un determinato comportamento dell'amministrazione, o che detti le misure cautelari ritenute opportune o strumentali all'effettività della tutela giurisdizionale, incombe sull'amministrazione l'obbligo di conformarsi ad essa; ed il contenuto di tale obbligo consiste appunto nell'attuazione di quel risultato pratico, tangibile, riconosciuto come giusto e necessario dal giudice. In base al principio di effettività della tutela giurisdizionale, deve ritenersi connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre, anche coattivamente in casi di necessità, il rispetto della statuizione contenuta nella pronuncia e, quindi, in definitiva, il rispetto della legge stessa». Argomenta ancora la Corte: «Una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione [eccettuati i casi di impossibilità dell'esecuzione in forma specifica] altro non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 Cost., i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto; e quindi, anche nei confronti di qualsiasi atto della pubblica autorità, senza distinzioni di sorta, pur se adottato da un organo di rilievo costituzionale [...] in questi termini, la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria». Le citate sentenze della Corte Costituzionale pongono stabilmente l'asserto che, anche per le pronunce che attengono alla p.a., si applica il principio-cardine della teoria generale del processo per il quale ciò che distingue l'azione cognitoria dall'azione esecutiva è che la prima tende a un risultato non tangibile benché diretta all'attuazione del diritto, mentre la seconda si prefigge il conseguimento del risultato concreto (per tutti, si rimanda alla voce enciclopedica di V. CAIANIELLO, s. v. «Esecuzione della sentenza», in *Enc. del dir., Aggiorn.*, III, 1999, *passim*).

⁴ Sarà utile puntualizzare, ai fini di un necessario chiarimento, che è preclusa la possibilità che si ricorra al giudizio di ottemperanza per richiedere alla p.a. non già l'esecuzione della sentenza civile, bensì l'esecuzione dell'ordinanza di assegnazione di somme pronunciata dal giudice ordinario nel processo esecutivo. Si innesterebbe, in tale ipotesi, un meccanismo contorto: dunque, non consentendosi il cumulo delle procedure il giudizio di ottemperanza presenterebbe valenza di esecuzione dell'esecuzione, in definitiva, giudizio di esecuzione rispetto ad altra procedura esecutiva già definita e conclusa.



la corretta esecuzione, ha facoltà di cumulare le azioni⁵ avendo solo cura di rispettare il limite del *bis in idem*. Il *ne bis in idem* è soglia invalicabile stabilendosi l'impossibilità di replicare, a beneficio del ricorrente, l'utilità conseguita a seguito del pronunciato civile favorevole. Da evitare è il rischio di pronunce contrastanti⁶.

Principio ispiratore è la netta divaricazione dei percorsi, dei rimedi esecutivi civile e amministrativo, distinti nei tracciati e non sovrapponibili.

Una ricaduta attiene al recupero delle spese restando inibita al ricorrente la possibilità all'esito del giudizio di ottemperanza, ottenuta soddisfazione dal giudice amministrativo, di agire innanzi alla giustizia ordinaria allo scopo di recuperare le spese sostenute per l'esperimento dell'azione esecutiva civile, posto che – come affermato con insistenza dal Consiglio di Stato⁷ – l'esecuzione del giudicato deve piuttosto attenere alle somme liquidate nella sentenza di cui viene chiesta attuazione, non già anche alle somme corrispondenti a spese e onorari sostenuti per intimare alla P.A. il pagamento del dovuto⁸.

I citati interventi del Consiglio di Stato delimitano nei corretti limiti la questione ponendo al riparo da equivoci e aporie: l'esecuzione del giudicato resta limitata all'entità delle somme liquidate in sentenza di cui si richiede l'attuazione, né vi è aggiunta di spese ulteriori dovendosi escludere quelle erogate per spese e onorari.

La posizione del Consiglio di Stato appare in tutto coerente al senso del giudizio di ottemperanza ed è, questo, punto nodale.

Non potrà utilizzarsi il giudizio di ottemperanza azionabile innanzi al giudice amministrativo al fine di richiedere alla P.A. non già l'esecuzione del *dictum* civile, ma l'esecuzione dell'ordinanza di assegnazione di somme emessa dal giudice civile nel processo esecutivo. Ove questo accadesse rileverebbe una palese anomalia deviando, il giudizio di ottemperanza, dalla *ratio* che ne ispira il senso: si determinerebbe sovrapposizione di un ulteriore giudizio di esecuzione rispetto a una procedura esecutiva in tutto conclusa⁹.

3. Si faceva menzione, in precedenza, dei poteri del giudice ordinario e si richiamava l'assunto che, appurata la illegittimità del provvedimento amministrativo, questo giudice sia privo del potere di intervento diretto, dunque, della possibilità di comminare l'annullamento dell'atto, o del provvedimento, ma solo competente a provvedere alla sua disapplicazione. Né è consentito al giudice ordinario di incidere ulteriormente restando, altresì, sfornito della facoltà di indicare le precipue attività a cui la P.A. sarebbe tenuta onde realizzare satisfattivamente la pretesa del ricorrente a vedere esaudito il proprio diritto riconosciuto dalla sentenza civile.

Viceversa, i poteri cognitori del giudice amministrativo nel giudizio di ottemperanza di sentenze civili presentano altra e diversa ampiezza tali da consentirgli di indicare i percorsi a cui la P.A. debba attenersi, così ottemperare al *dictum* civile.

Si innesta una delicata questione di interpretazione che attiene alla portata del potere che compete al giudice amministrativo, se esso si sostanzi nell'esercizio di un intervento di-

⁵ Restano stabili le coordinate in forza delle quali il Consiglio di Stato fonda la sua interpretazione: cfr. Cons. Stato, ad. plen., 9 marzo 1973, n. 1 e, più di recente, Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2002, n. 480.

⁶ Si rimanda a Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2002, n. 480; Cons. Stato, sez. V, 15 aprile 2004, n. 2161. Nello stesso senso si pronuncia, altresì, la Suprema Corte: Cass. civ., sez. un., 8 ottobre 2004, n. 20023.

⁷ Cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2006, n. 5128.

⁸ Si legga, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2006, n. 5128.

⁹ Spunti sollecitanti conseguono dalla pronuncia del Tar Campania - Napoli, sez. V, 4 settembre 2008, n.14692.



retto sulle amministrazioni così da indicare, sino a prescrivere, l'agire a cui siano tenute in adesione al pronunciato civile.

La giurisprudenza civile come quella amministrativa, nei rispettivi assetti apicali, concordano nel riconoscere tale estensione al potere del giudice amministrativo. E le valenze 'cognitive' che vi attengono risultano delineate, in via tecnica, dal Consiglio di Stato che 'sistema' entro corretti *limina* il giudizio di ottemperanza di «*natura mista, di esecuzione e di cognizione*»¹⁰. Già la Corte di Cassazione, con un pronunciato delle sezioni unite, dispiegava un'analisi di estrema chiarezza puntuale negli assunti: «... rientra nelle attribuzioni giurisdizionali del giudice amministrativo in sede di giudizio di ottemperanza l'interpretazione della decisione oggetto di tale giudizio, con la conseguenza che la deduzione di eventuali errori ammessi nella suddetta attività interpretativa non investe i limiti esterni delle attribuzioni giurisdizionali del giudice amministrativo, a nulla rilevando che l'interpretazione operata in sede di ottemperanza incida su diritti soggettivi, se ciò è conseguenza del fatto che oggetto del giudizio di ottemperanza è un giudicato civile, atteso che tale giudicato concerne diritti soggettivi, onde ogni attività di interpretazione dello stesso non può non incidere anche su tali diritti»¹¹.

Ricondurre la questione a giusta cautela è osservare, con fondate ragioni, che il giudizio di ottemperanza presenta carattere «necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione»¹². Analisi che si colloca nel centro rispetto alle varie posizioni e tiene conto del presupposto che i poteri del giudice amministrativo di indagare nel merito – c.d. 'potere ricognitivo' – in ordine alle questioni oggetto del giudizio di ottemperanza, in nessun caso, prescindono dagli ambiti giurisdizionali trovando limiti nella giurisdizione esclusiva del giudice ordinario.

Concetto non controvertibile che il Tar Lazio - Roma pone a snodo di un pronunciato che assume rilievo di indirizzo. Sostiene che «*in sede di giudizio per esecuzione del giudicato, il g.a. deve enucleare il contenuto degli obblighi nascenti dalla sentenza, chiarendone il significato reale potendo anche arrivare, quando emergono problemi interpretativi la cui soluzione costituisca l'indispensabile presupposto della verifica dell'esattezza dell'esecuzione, ad adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione. Detto potere incontra tuttavia il limite esterno della giurisdizione propria del giudice amministrativo, con la conseguenza che, quante volte la cognizione della questione controversa la cui soluzione gli sia sottoposta in sede di verifica dell'esatto adempimento del giudicato, risulti devoluta ad altro giudice, soltanto questi potrà provvedere al riguardo*»¹³.

Appare corretto rilevare, quale giusto contrappasso al potere ricognitivo del giudice amministrativo, che limiti sussistono quando la sentenza civile manchi di indicazioni specifiche, al più, statuendosi un generico obbligo della P.A. a provvedere e, in tale ipotesi, non cade nel potere del giudice amministrativo intervenire con funzioni di supplenza. Né risulta che lo stesso giudice possa esercitare poteri ricognitivi relativamente a questioni che esulano dalla propria competenza ricadendo nella competenza di altro giudice.

I dati raccolti, se pure idonei a comprovare un andamento pressoché costante dell'analisi dottrinale e giurisprudenziale in ordine alla questione in esame, comunque, richiedono conforto analitico.

Si invoca il disposto dell'art. 114 c.p.a., e del comma 5 dell'art. 112 c.p.a.

¹⁰ Cons. Stato, sez. V, 21.ottobre.2009, n.5013.

¹¹ Cass. civ., sez. un., 15 giugno 2000, n. 438.

¹² V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, pag. 852. In adesione, cfr. L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, pagg. 76 ss.

¹³ Tar Lazio - Roma, sez. II, 1 giugno 2011, n. 4982. Nella stessa direzione, v. già Tar Lazio - Roma, sez. III, 11 giugno 2008, n. 5757.



Col richiamo all'articolo 114 c.p.a. si intende corroborare la linea esegetica tendente a comprovare il moderato 'sforamento' di competenza del giudice di ottemperanza riconoscendo a questi una cauta possibilità di leggere nel merito le questioni sottese alla pronuncia da eseguire: interviene la formulazione dell'art. 114 c.p.a. in forza del quale il giudice dell'ottemperanza - che secondo il disposto degli artt. 133 e 134 c.p.a. detiene una esclusiva giurisdizione estesa al merito - «conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza»¹⁴. Si aggiunge *ad adiuvandum*, da questa dottrina, che il nuovo codice ha introdotto la possibilità, al comma 5 dell'art. 112, di promuovere il giudizio di ottemperanza «anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza», ed è evidente come tale disposizione sia diretta a colmare un vuoto consentendosi al giudice dell'ottemperanza di esercitare poteri ricognitivi se la sentenza civile da eseguire, da parte della P.A., appaia priva di necessarie indicazioni circa le modalità di esecuzione.

Il tutto riveste portata complessa e complessa, di sicuro, è la vicenda che attiene all'esperibilità del giudizio di ottemperanza quando la P.A. ponga in essere attività elusiva, addirittura in contrasto, col pronunciato civile. Ai pone, in tal caso, l'interrogativo se il giudizio di ottemperanza possa incidere su questa attività della P.A., ovvero, se gli atti emanati dalla p.a. vadano impugnati interessando i canali della giurisdizione ordinaria.

Non si è giunti ad esiti condivisi in dottrina e in giurisprudenza.

Richiesto di esprimersi il Consiglio di Stato avrebbe seguito itinerari non coincidenti, né sovrapponibili subordinando l'esperibilità del giudizio di ottemperanza alla verifica dell'attività della p.a., svolta in piena discrezionalità amministrativa, ma in niuna considerazione del pronunciato civile, o anche elusiva del *dictum* civile. Il *reversal* del Consiglio di Stato apriva, nel contempo, all'altra visuale che ammetteva, viceversa, l'esperibilità del giudizio di ottemperanza, a prescindere dalle verifiche circa l'intenzionalità della P.A., ove questa emettesse atti, e provvedimenti, in contrasto col pronunciato civile passato in giudicato e a condizione che il *petitum* attenesse alla corretta ottemperanza della sentenza civile e non già a questioni generali di illegittimità attinenti all'atto o al provvedimento.

Se pure – ne consegue – non sia ravvisabile omogeneità di posizioni, pure, indici significativi consentono di verificare come vada accreditandosi, orientamento *in fieri*, una tendenza a estendere l'applicabilità del giudizio di ottemperanza e, progressivamente, a rafforzarsi l'affidamento degli utenti in questo strumento processuale rientrando tra le innovazioni al tempo introdotte dal D.lgs. 104/2010 (*Codice del processo amministrativo*) che, appunto, interveniva sulla disciplina dei presupposti in ordine alla proposizione dell'azione.

4. Le questioni in esame – l'esecuzione delle sentenze civili produttive di obblighi di *facere* o di *non facere* a carico della P.A., la portata dei poteri cognitivi del giudice amministrativo nel giudizio di ottemperanza di sentenze civili, lo *spatium adimplendi* riconosciuto alla P.A. ai fini dell'esecuzione dei *dicta* civili – trovano riscontro in una recente vicenda giudiziale, toccante per i risvolti umani, che presenta a oggetto la tutela del diritto alla salute.

Al Tribunale ordinario di Napoli Nord - sezione lavoro si avanzava istanza, mediante ricorso *ex art.* 700 c.p.c., di esprimersi circa la legittimità della somministrazione di un farmaco, attualmente nello stadio di sperimentazione, a beneficio di una bambina di 18 mesi affetta dalla patologia *Spinal Muscular Atrophy - Atrophy Type* (SMA 1) malattia letale per la quale, allo stato, non sussiste valido trattamento terapeutico: farmaco denominato ISIS

¹⁴ Così, Tar Lazio - Roma, sez. 2/*bis*, 13 ottobre 2010, n. 32797.



SMNR x prodotto dalla casa farmaceutica americana ISIS, sottoposto a sperimentazione anche in territorio italiano, richiesto ad uso compassionevole.

La somministrazione di farmaci ad uso compassionevole viene consentita, nel nostro sistema, in presenza di attuali precarie condizioni di salute della persona e il D.M. 8 maggio 2003, n. 11521 (*Uso terapeutico di medicinale sottoposto a sperimentazione clinica*) pone criteri inderogabili prevedendo, all'art. 1, che «... un medicinale prodotto in uno stabilimento farmaceutico, autorizzato ai sensi dell'art. 3 del D.M. 11 febbraio 1997 sottoposto a sperimentazione clinica nel territorio italiano o in un Paese estero privo dell'autorizzazione di cui all'art. 8 del decreto legislativo 29 maggio 1991, n. 178 può essere richiesto all'impresa produttrice per uso al di fuori della sperimentazione clinica quando non esiste valida alternativa terapeutica al trattamento di patologie gravi, o di malattie rare o di condizioni di malattia che pongano il paziente in pericolo di vita». All'art. 2 si dettano le condizioni per la somministrazione del medicinale sottoposto a sperimentazione clinica disponendosi che l'autorizzazione all'uso del farmaco, di cui all'art.1, può rilasciarsi «solo quando ricorrono le seguenti condizioni: a) che il medicinale sia già oggetto nella medesima specifica indicazione terapeutica, di studi clinici sperimentali, in corso o conclusi, di fase terza o in casi particolari di condizioni di malattia che pongono il paziente in pericolo di vita, di studi clinici già conclusi di fase seconda; 2) che i dati disponibili sulla sperimentazione siano sufficienti per formulare un favorevole giudizio sull'efficacia e tollerabilità del medicinale richiesto».

Il c.t.u. medico-legale, richiesto di esprimersi circa la possibilità che il medicinale in oggetto costituisse l'unica alternativa terapeutica stanti le attuali precarie condizioni di salute della piccola paziente, ancora, circa la possibilità che la somministrazione risultasse potenzialmente dannosa o non tollerabile, attestava che il farmaco sperimentale ISIS SMNR x costituiva l'unica valida modalità terapeutica concludendo in senso positivo per la somministrazione e garantendo circa la tollerabilità dell'assunzione dello stesso.

Ribadita la propria competenza per territorio il giudice del lavoro, ai sensi dell'art. 442 c.p.c. e dell'art. 63 della legge n. 833/1978 – in adesione al pronunciamento della Corte di Cassazione che in presenza di tali situazioni riscontra l'insorgenza di un rapporto previdenziale col diritto dell'assistito alle prestazioni sanitarie¹⁵ – il Tribunale di Napoli Nord accertava la sussistenza del *fumus boni iuris*.

Sarebbe stato consapevole il giudicante del disposto della legge 24 dicembre 1993, n. 537 (collegata alla finanziaria 1994) che, all'art. 8 (*disposizioni in materia di sanità*), pone la classificazione dei farmaci scandendo gli stessi secondo 'categorie' e disponendo che quelli «per i quali sia stata rilasciata l'autorizzazione sono erogabili dal SSN» suddivisi nelle tre categorie A,B,C ricomprendenti, rispettivamente, i farmaci «essenziali e per malattie croniche», quelli «di rilevante interesse terapeutico», quelli privi delle caratteristiche indicate nelle lettere A e B» (art. 10). A siffatta suddivisione deve rimandarsi la disciplina della dispensa del farmaco se gratuita, partecipata, o interamente a carico dell'assistito. Classificazione dei farmaci che, a seguito dell'abolizione del prontuario terapeutico, compete alla Commissione unica del farmaco (CUF).

Come pure, il giudice adito avrebbe avuto consapevolezza del disposto dell'art. 1, comma 4, d.l. n. 536/1996, convertito nella legge n. 648/1996, che enuncia un principio-cardine in materia, e dunque, «qualora non esista valida alternativa terapeutica sono erogabili a totale carico del SSN, a partire dall'01.01.1997, i medicinali innovativi, la cui commercializzazione è autorizzata in altri Stati ma non sul territorio nazionale, i medicinali non an-

¹⁵ Cass. civ., sez. lav., n. 7267/1990.



cora autorizzati ma sottoposti a sperimentazione clinica e i medicinali da impiegare per un'indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata, inseriti in apposito elenco predisposto e periodicamente aggiornato dalla CUF, conformemente alle procedure e ai criteri adottati dalla stessa».

Nonché, il giudicante, avrebbe assunto le proprie determinazioni consapevolmente del disposto dell'art. 9, commi 2 e 3, legge n. 178/2002 volti a chiarire i poteri di intervento del Ministero alla Salute che, «su proposta della Commissione unica del farmaco, provvede annualmente, [...] a redigere l'elenco dei farmaci rimborsabili dal Servizio sanitario nazionale»; pertanto, si legge al comma 3, «la redazione dell'elenco dei farmaci di cui al comma 2 è effettuata sulla base dei criteri di costo-efficacia in modo da assicurare, su base annua, il rispetto dei livelli di spesa programmata nei vigenti documenti contabili di finanza pubblica, nonché, in particolare, il rispetto dei livelli di spesa definiti nell'accordo tra Governo, Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano in data 8 agosto 2001, pubblicato nella G.U. n. 207 del 6 settembre 2001». Sarebbe ancora valso, nella prospettiva del giudice, il decreto del 27.09. 2002 con cui il Ministero della salute procedeva a ulteriore razionalizzazione della classificazione dei farmaci abolendo la classe B e riducendo alle sole classi A e C: ricomprensente, la prima, i farmaci, gratuiti per il cittadino, ritenuti essenziali ad assicurare le cure previste in conformità ai livelli essenziali di assistenza sanitaria; la seconda, i farmaci, a totale carico del cittadino, considerati a tali fini non essenziali o la cui efficacia si denoti non adeguata ove rapportata al costo di acquisto.

Il requisito del *fumus boni iuris* veniva appurato richiamata, *a fortiori*, la normativa di settore in tema di utilizzo di farmaci sperimentali ad uso compassionevole restandone avvalorato l'approccio ermeneutico del giudice di merito sulla falsariga dei dettami del Supremo Collegio.

Sopperiva a conforto importante pronuncia, corredata da motivazione densamente argomentata, che restituiva la linea dell'alto giudice di legittimità in ordine alla delicata questione della somministrazione di farmaci indispensabili a garantire la tutela della salute. Già chiariva la Corte – agli inizi degli anni '90 del secolo scorso – che risulta, comunque, «*affidata alla discrezionalità del Ministero della Sanità – deputata alla approvazione del prontuario terapeutico – l'individuazione dei farmaci, prescrivibili a carico del Servizio sanitario nazionale in base ai suddetti due criteri; efficacia terapeutica ed economicità del prodotto. Con la precisazione che "il criterio di economicità non può escludere la generale sanzione della compartecipazione alla spesa (restando vincolata, nel prontuario terapeutico, almeno parzialmente, la formazione dell'elenco di farmaci per i quali non è dovuta alcuna quota di partecipazione: art. 10, comma 2, d.l. n. 463 convertito in legge n. 638-83 cit.), ove il farmaco risulti indispensabile ed insostituibile per il trattamento di gravi condizioni o sindromi morbose che esigono terapie di lunga durata (o di altre forme morbose gravi, parimenti contemplate dall'art. 10, comma 2). Pertanto, il farmaco stesso - ancorché non compreso nel prontuario farmaceutico - va posto a carico del Servizio Sanitario Nazionale, previa disapplicazione (art. 5 legge sulla abolizione del contenzioso amministrativo) del prontuario terapeutico, nella parte in cui non comprenda farmaci indispensabili in quanto contrasta con la norma vincolante di legge in senso contrario: art. 10, comma 2*»¹⁶.

Lettura che trova conferma in altro pronunciamento: «... questa Corte ha affermato che il diritto all'assistenza farmaceutica, articolazione del diritto alla salute, comprende la somministrazione di farmaci che, sebbene non inclusi nel prontuario farmaceutico nazionale, risultino indispensabili per il trattamento di gravi condizioni o sindromi morbose che esigono terapie di lunga durata (ed hanno conseguente-

¹⁶ Cass. civ., sez. lav., 3 ottobre 1996, n. 8661, che richiama Cass. civ., n. 5593/94 e n. 3870/94.



mente ritenuto che il giudice ordinario debba disapplicare il prontuario farmaceutico che, in contrasto con tale norma imperativa, non includa farmaci dotati delle menzionate caratteristiche»¹⁷.

Con tersità analitica la Cassazione pone a presupposto di ogni progressione di ragionamento il concetto fermo, assolutamente centrale, della tutela del bene-salute.

Delineato lo sfondo e asserito «*Il principio del necessario contemperamento del diritto alla salute con le esigenze di bilancio del servizio sanitario nazionale*» la Corte avrebbe sì confermato la piena competenza del legislatore, e della P.A., «*di scegliere – in base al criterio della economicità – con quali strumenti tra i diversi a disposizione assicurare un adeguato livello di tutela della salute dei cittadini*», tenendo nel contempo a ribadire che le medesime ragioni ispirate all'economicità cedono, prescindendosi dalle necessità di bilancio del Servizio Sanitario Nazionale, ove «*si accerti che la salvaguardia di questo bene [sc.: del bene-salute], in casi di particolare gravità, può essere soddisfatta unicamente con un determinato intervento, non altrimenti insostituibile*» e dunque, ricorrendo questi casi, «*il diritto del cittadino riacquista tutta la sua pienezza non tollerando limiti e condizionamenti di sorta*»¹⁸.

A giudizio dei supremi giudici il diritto alla somministrazione del farmaco, che – si ricorda – trovasi attualmente allo stadio di sperimentazione, incombe a totale carico del Servizio Sanitario Nazionale in via prelaionale dovendosi esaudire un bisogno superiore della persona in serio pericolo di vita, né sussistendo, allo stato, possibili e valide alternative terapeutiche. In tal senso, la Cassazione, in ossequio alla corretta applicazione della tutela del diritto alla salute consacrata all'art. 32 Cost., avrebbe rimarcato il diritto del paziente alla somministrazione del farmaco che origina direttamente nella «indispensabilità e non sostituibilità di esso, da accertare nel giudizio ordinario indipendentemente dalle decisioni degli organi pubblici deputati alla tutela della salute pubblica, chiamati soltanto a dare concreta attuazione al diritto fondamentale del cittadino nell'esercizio di attività vincolata, della cui natura partecipa interamente la discrezionalità c.d. tecnica di cui i predetti organi sono titolari»¹⁹.

Consegue che la verifica circa la sussistenza dei requisiti di indispensabilità, e di insostituibilità, del farmaco da somministrare ad uso compassionevole esclusivamente compete – a giudizio fermo del giudice di legittimità – al giudice civile dovendosi, pertanto, ricorrere al giudizio ordinario e del tutto prescindere dall'agire degli organi amministrativi deputati alla tutela della salute pubblica.

Si precisano in sentenza le rispettive competenze degli organi coinvolti – tra le questioni affrontate dalla Corte tra i nodi più intricati – offrendosi, al riguardo, un esaustivo chiarimento e individuando nel giudice ordinario l'organo giudicante a cui attenga il potere, e che abbia il dovere, di ordinare al Servizio Sanitario Nazionale la somministrazione gratuita di un farmaco «*indispensabile e insostituibile per il trattamento di gravi infermità, non autorizzato ai sensi dell'art. 8 della legge n. 537/1993, né incluso nell'elenco di cui all'art. 1 comma 4 d.l. n. 536/1996, solamente nel caso in cui sia dimostrata la sua efficacia terapeutica, l'assenza di cure alternative valide relativamente alla specifica patologia sofferta e la sussistenza di risultati clinici di fase seconda con riferimento ai medicinali in via di sperimentazione*», come si legge nell'ordinanza emessa dal giudice del lavoro del Tribunale di Napoli Nord in data 07.08.2015.

¹⁷ Cass. civ., sez. lav., 23 febbraio 2000, n. 2034.

¹⁸ Cass. civ., sez. lav., 23 febbraio 2000, n. 2034.

¹⁹ Così, la citata ordinanza del tribunale di Napoli Nord del 7.8. 2015 ove si richiamano Cass. civ., n. 2034/2000; Cass. civ., n. 1665/2000; Cass. civ., n. 8661/1996.



Richiamati gli artt. 669 *octies* e 700 c.p.c. il giudice adito, in accoglimento della domanda cautelare, ingiungeva al Ministero della Salute e all'Agenzia Italiana del farmaco (AIFA), «a ciascuno per quanto di competenza, l'acquisto di del farmaco sperimentale ISIS - SMNR x ed al Policlinico Gemelli di Roma la sua somministrazione alla piccola [omissis] per via intratecale entro 20 giorni da oggi e comunque nel più breve tempo possibile»²⁰.

5. Il Ministero della Salute, e l'AIFA, avrebbero mancato di ottemperare all'ordinanza del giudice civile e il rifiuto veniva motivato con nota dell'Avvocatura dello Stato di tale tenore: «La casa farmaceutica, che non è stata parte del giudizio e ha sede negli Stati Uniti, rimane parte necessaria del negozio di compravendita e, pur resa edotta dell'integrale contenuto del provvedimento del giudicante, conformemente al rifiuto già espresso prima del giudizio, ha ritenuto di non accogliere la richiesta formulata. In tal senso ha espresso chiara e non coercibile volontà di non acconsentire all'utilizzo del farmaco al di fuori di un protocollo di sperimentazione». Si concludeva la nota: «Il rifiuto è a tal punto circostanziato da rendere evidente la volontà della casa farmaceutica e la piena comprensione di quanto richiesto dal giudicante, alla cui autorità la società non è in alcun modo sottoposta».

Il diniego a ottemperare all'ordinanza del giudice civile apriva scenari di forte perplessità procurando lesioni al piano valoriale e violazione della *pietas*.

Ricorrevano gli estremi di una *malpractice* particolarmente deplorabile attinente alla gestione di una vicenda 'compassionevole' di cui si sarebbero resi unici e veri responsabili sia gli organi preposti dell'amministrazione pubblica sanitaria che quelli competenti all'attività regolatoria dei farmaci sul territorio nazionale; e le crepe del Sistema Sanitario Nazionale risultavano, nell'ottica del cittadino, pressoché insanabili stante una vicenda, di portata straordinaria, coinvolgente un minore in stato di precaria sussistenza, al punto, da risultarne minati i decantati meccanismi del sistema e vanificate le garanzie prestate al cittadino.

Quanto alle valenze giuridiche il *vulnus* rilevava altrettanto in profondità.

La 'copertura' costituzionale offerta dall'art. 32 Cost. veniva sollevata in pieno e inficiata la tutela del bene-salute, questo, valore 'primario' dell'ordinamento costituzionale, con esso, il diritto del cittadino a ottenere determinate prestazioni sanitarie.

Va richiamato, quando all'esito di vicenda giudiziale conclusasi col *dictum* civile favorevole al cittadino-ricorrente la pubblica amministrazione sia costretta a un *facere*, che la volontà della stessa, anche quando diretta a ottemperare, presenta valenza endo-procedimentale formandosi, per intero, all'interno di un procedimento amministrativo in tempi adeguati. Trattasi di procedimento coerente alle finalità istituzionali proprie di quella specifica amministrazione, e coerente al tipo di provvedimento emesso a seconda che attenga al compimento di un'attività, alla rimozione di un atto, al pagamento di una somma.

Nel caso in esame ad aggravare la posizione degli organi amministrativi, rilevando ipotesi di *malpractice*, è l'atteggiamento di distacco indice di riluttanza ad ottemperare al *dictum* civile. E la mancata collaborazione, ovvero, la parvenza a prestare collaborazione, presenta ulteriori e gravi effetti vanificandosi il rapporto tra P.A. e giustizia ordinaria e altresì consumandosi il rapporto di fiducia riposta dal cittadino nel sistema. Deve arguirsi che la P.A., in siffatti casi di ostentata inattività e di silenzi, impronti la condotta presumendo come indebita la competenza della giustizia civile e indebito lo sforamento di campo del giudice civile che si sarebbe spinto oltre sino a 'tracimare' gli argini delle proprie competenze perpetrando un'indebita ingerenza.

²⁰ Trib. Napoli Nord, ord. del 07.08.2015 (n. cronol. 21044/2015 - R.G. n. 5279/2015).



Il nodo problematico non attiene, dunque, all'*an* sotteso all'inottemperanza dell'amministrazione, né di ciò può dolersi il Ministero della Salute, considerato che la legge espressamente pone l'asserto in forza del quale la P.A., qualsiasi sia la P.A. coinvolta, è tenuta a conformarsi alle decisioni emesse dall'autorità giudiziaria civile. Altrettanto ovvio che il nodo non si ponga per le sentenze 'autoesecutive' pronunciate dai Tribunali amministrativi ma per quelle emesse dalla giurisdizione ordinaria che richiedono all'amministrazione coinvolta di ottemperare mediante un'attività specifica – obblighi di *facere* o di *non facere* – in forza del principio radicato per cui al giudice ordinario non compete il potere di disporre l'annullamento degli atti amministrativi, solo di provvedere alla disapplicazione, ferma la competenza dell'amministrazione di revocare l'atto o promuovere altra attività che consenta alla parte vittoriosa di conseguire l'utilità accordatagli in sentenza.

Si aprono in definitiva, per il ricorrente, i percorsi dell'esecuzione individuati dal codice di rito e, in alternativa il giudizio di ottemperanza, quando il soggetto risultato vittorioso all'esito del giudizio civile intenda procedere per ottenere l'adempimento della P.A.

Attenersi al rimedio dell'esecuzione – esecuzione e assegnazione forzata – comporta la possibilità di poter fruire di uno strumentario idoneo a ottenere la soddisfazione del creditore che accampi una somma di danaro o un bene specifico, tuttavia, non altrettanto idoneo quando utilizzato per ottenere l'esecuzione in forma specifica ricorrendo un'attività positiva, o negativa, a cui sia tenuta la p.a. Nella vicenda in esame - accade sovente - l'azione civilistica si riduce ad arma spuntata in quanto destinatario del *vertere* è proprio una P.A. a cui si richieda il compimento di un *facere* o di un *non facere*: in tali casi, senz'altro è preferibile intraprendere il percorso del giudizio di ottemperanza alternativa valida all'esecuzione civile.

Nonostante le indubbie positività del rimedio deve constatarsi come esso resti ai margini, poco utilizzato, e non vi è congettura da avanzare se non la carente familiarità, da parte degli operatori giuridici, presumibilmente dovuta alla scarsa conoscenza dello stesso. A fronte del massiccio ricorso alle procedure esecutive civili il giudizio di ottemperanza, modalità duttile di esecuzione delle sentenze pronunciate dai giudici civili in danno della pubblica amministrazione, copre ancora ambiti liminari ai più sfuggendo l'utilità di un rimedio di agevole e celere utilizzo.



BIG DATA ED INTERNET DELLE COSE: QUALE DESTINO PER LA TUTELA DELLA PRIVACY

CARLOALBERTO GIUSTI

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La tutela della privacy nell'era dei "Big Data" e dell'"Internet of things": profili problematici. - 3. Big Data: profili problematici con riferimento alla disciplina del diritto d'autore e dei diritti di proprietà industriale. - 4. Il danno discriminatorio da Big Data. - 5. Conclusioni.

1. Il Parlamento Europeo, in data 14 Aprile 2016, ha approvato definitivamente, dopo un iter legislativo durato oltre quattro anni, il c.d. "pacchetto protezione dati", che si compone di un nuovo regolamento concernente la *"tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati"*, volto a disciplinare i trattamenti di dati personali, sia nel settore privato, sia nel settore pubblico, e destinato ad abrogare la direttiva 95/46/CE. Direttiva che, fino ad oggi, ha costituito il testo di riferimento – a livello europeo – in materia di protezione dei dati personali¹.

Il Regolamento 679/16 è entrato in vigore in data 24 maggio 2016 e diventerà definitivamente applicabile in tutto il territorio UE a partire dal 25 maggio 2018.

La genesi della nuova normativa va ricercata, da una parte, nell'aumento esponenziale delle attività di raccolta e di condivisione dei dati, sia ad opera di soggetti pubblici che privati; nonché, dall'altra, nel repentino sviluppo delle nuove tecnologie che ha facilitato e moltiplicato le occasioni di circolazione delle informazioni relative agli individui, che spesso pubblicano in prima persona, più o meno consapevolmente, i propri dati personali.

Evoluzione che ha dunque reso necessario andare oltre la precedente disciplina: il Regolamento 679/2016 si propone, invero, di assicurare un livello coerente di protezione, di garantire certezza e trasparenza nel trattamento delle informazioni, di offrire diritti azionabili ed obblighi omogenei tra gli Stati, di assicurare un controllo ed una cooperazione efficace tra le Autorità competenti.

Finalità che cerca di raggiungere attraverso il rafforzamento dei diritti degli interessati, a fronte di una semplificazione degli adempimenti incombenti sui Titolari del trattamento. Una delle principali caratteristiche del nuovo regolamento concerne senz'altro il suo ambito di applicazione. Il nuovo regolamento rovescia, invero, il tradizionale principio di stabilimento, sancendo l'applicabilità della disciplina da questo dettata *"indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione"* ed individua, quali destinatari delle proprie norme, i titolari e responsabili non stabiliti nell'UE che: (i) trattino dati personali di persone fisiche che si trovano nell'UE quando il trattamento è in relazione a offerte di beni e servizi, indipendentemente dal fatto che sia richiesto o meno un pagamento; o (ii) effettuino attività di monitoraggio sul comportamento di

¹ Come noto, in Italia, la disciplina della protezione dei dati personali è dettata dal d.lgs. n. 196 del 30 giugno 2003 ("Codice della privacy"), il cui testo ricalca quello della direttiva n. 95/46/CE (successivamente integrata, per quanto concerne il trattamento dei dati personali e la tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, dalla direttiva 2002/58/CE).



persone fisiche che si trovano nell'UE nella misura in cui tale comportamento avvenga nell'UE².

Questo il contesto normativo attuale, ci si chiede quale sia effettivamente la tutela prevista a protezione del diritto alla privacy, avuto altresì riguardo alla relazione esistente e sempre più determinate, nella c.d. era digitale, tra il diritto in questione, per l'appunto, ed il mondo degli oggetti di uso quotidiano "intelligenti" (*Internet of Things, IoT*), ovvero il processo di raccolta online delle infinite quantità di dati prodotti a grande velocità da numerosi tipi di fonti, i c.d. "Big Data".

In altre parole, nell'ambito del "subconscio digitale", l'utente – consumatore (ovvero il cittadino in ambito pubblico) potrebbe essere e restare ignaro di quali trattamenti dei suoi dati siano eseguiti da parte di soggetti terzi; non solo: potrebbe ignorare le logiche e i criteri seguiti per quei trattamenti di dati, a mezzo di algoritmi; ed altresì: visto che l'analisi dei Big Data, cioè di enormi moli di dati relativi a un singolo target, normalmente genera anche dati del tutto nuovi, ulteriori rispetto a quelli già esistenti al momento della raccolta (in quanto frutto di elaborazioni algoritmiche), l'utente potrebbe perfino non sospettare l'esistenza di ulteriori informazioni generate su di sé, magari sensibilissime.

Tali dati possono divenire oltre che una risorsa economica per le aziende anche un'arma contro l'utente stesso (si pensi agli attacchi hacker, ai furti d'identità online, ecc.). Ebbene, proprio all'interno di tale scenario sta avanzando sempre di più il dibattito sulla tutela della privacy³; dibattito molto acceso quando si parla della monetizzazione dei dati e, soprattutto, quando è la privacy stessa che diviene risorsa economica, ovvero quando sono gli utenti stessi a cederla in cambio di servizi gratuiti. Oggetto della presente trattazione – dopo una concisa disamina dell'attuale panorama legislativo comunitario – è quello di evidenziare l'impatto che lo sfruttamento dei c.d. Big data ha non solo nell'ambito della tutela

² Quanto agli ulteriori principali tratti modificativi delle disposizioni del regolamento de quo rispetto alla disciplina precedente, è necessario rappresentare che la nuova disciplina ridefinisce le figure di "titolare e responsabile" attribuendo loro obblighi ulteriori rispetto a quanto previsto dalla direttiva 95/46 e dal Codice Privacy. La non concretezza e l'inefficienza delle policies costituisce per il Titolare fonte di responsabilità (principio di rendicontazione o di "accountability", artt. 24 e 32). Con il Nuovo Regolamento il Titolare ha un ruolo più proattivo e obblighi più pregnanti, finalizzati non soltanto al formalistico rispetto delle regole, ma anche all'adozione di tutti gli accorgimenti tecnici e organizzativi necessari a garantire la compliance effettiva dei trattamenti sotto il profilo della sicurezza. Il legislatore europeo dedica altresì una sezione del nuovo regolamento alla "trasparenza" (Sezione 1 del Capo III) e, con riferimento alle modalità di trattamento dei dati, richiede che le informazioni all'interessato: (i) siano rese con un linguaggio semplice e chiaro, soprattutto nel caso di minori; (ii) abbiano sempre forma scritta, l'informativa in forma orale essendo ammessa solo quando ciò è richiesto dall'interessato e l'identità di questi possa essere provata con altri mezzi; (iii) prevedano, inter alia, (i) il periodo di conservazione dei dati personali, (ii) il diritto di proporre reclamo ad un'autorità di controllo, (iii) l'intenzione del titolare di trasferire dati personali a un paese terzo. Parimenti innovativo, è il riconoscimento su base legislativa del diritto all'oblio (art. 17). Fino a oggi questo diritto è stato un prodotto dell'elaborazione giurisprudenziale, dalla quale era definito come il diritto dell'individuo ad essere "dimenticato" dalle banche dati, dai mezzi di informazione, o dai motori di ricerca. In particolare, l'interessato ha diritto di chiedere che siano cancellati e non più sottoposti a trattamento i suoi dati personali (i) che non siano più necessari per le finalità per le quali sono stati raccolti; (ii) quando abbia ritirato il consenso o si sia opposto al trattamento o il trattamento dei dati personali non sia altrimenti conforme al Nuovo Regolamento. La norma de qua, menziona tuttavia anche alcuni casi in cui il diritto all'oblio non sussiste; ad esempio, i casi in cui il trattamento sia necessario per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione o per l'adempimento di un obbligo legale.

³ Per un'analisi più approfondita sulla tutela della privacy, si rinvia a S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M. RICCIO, *La nuova disciplina europea della privacy*, Cedam, 2016; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali: dalla direttiva 95/46 al nuovo regolamento europeo*, Giappichelli, 2016; L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI, *Il Regolamento Privacy europeo: commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Giuffrè, 2016.



della privacy, ma anche in quella della tutela del diritto della proprietà industriale e diritto d'autore.

2. L'espressione "Internet delle cose" (*Internet of Things, IoT*)⁴ si riferisce all'estensione di internet al mondo degli oggetti e dei luoghi concreti. La presenza negli oggetti di "sensori connessi alla rete (e agli altri oggetti *smart*)" permette un trasferimento di dati supportato dalle caratteristiche principali dell'oggetto. L'oggetto infatti riceve input che dall'ambiente esterno comunicano i dati acquisiti ad un *server* il quale, dopo un'elaborazione degli stessi, formula "comandi" da inviare all'oggetto smart facendo sì che risponda con degli output (volti, per esempio, al perfezionamento del servizio svolto dall'oggetto).

Centrale, quindi, appare il ruolo della condivisione dei "dati", il carburante per la produzione successiva di informazioni. I dati singolarmente non risultano particolarmente significativi, ma se analizzati in grandi volumi possono portare alla delineazione di modelli e tendenze, ad esempio comportamentali, che sommandosi ad altre fonti di informazioni producono poi la conoscenza.

Nel mondo dell'Internet delle cose i dati aumentano continuamente, innescando una serie di progressi importanti anche da un punto di vista economico. Non a caso, infatti, l'economista Jeremy Rifkin parla ormai da tempo di "terza rivoluzione industriale" riferendosi all'era digitale, un'epoca che porta con sé la presenza sulle piattaforme dell'IoT di dati che incidono significativamente sulla "catena del valore" (*value chain*), in quanto attraverso lo studio delle informazioni presenti si potranno andare a creare applicazioni in grado di aumentare l'efficienza aggregata. Questa condivisione di informazioni, del tutto gratuita, sta sviluppando la cosiddetta *sharing economy*, che potrebbe avere conseguenze inaspettate per la crescita dei Paesi in via di sviluppo, fornendo loro quel "bagaglio di informazioni" finalizzato alla risoluzione di alcuni dei problemi che si trovano ad affrontare"⁵.

Se si parla di Internet delle cose, non si può prescindere dal fenomeno dei "*Big data*", in quanto il primo genera i secondi. I Big data sono considerati come i "giacimenti petroliferi del Terzo Millennio"⁶ e, nello specifico, definiti dalla Commissione Europea come «una grande quantità di tipi diversi di dati prodotti con un'alta velocità da un grande numero di fonti di diverso tipo. La gestione di tali aggregati di dati richiede oggi nuovi strumenti e metodi, come processori potenti, software e algoritmi»⁷. Il valore delle informazioni non è dunque intrinseco, ma dato dalla capacità di organizzarle, analizzarle, misurarle e conse-

⁴ Per un'analisi più approfondita del fenomeno degli IoT, si veda: A. MCEWEN, H. CASSIMALLY, *L'Internet delle cose*, Milano, Apogeo, 2014.

⁵ S. PALANZA, *Internet of things, big data e privacy: la triade del futuro*, in Documenti IAI (Istituto Affari Internazionali), 2016, p. 3, consultabile on-line: www.iai.it.

⁶ Per la definizione si rinvia a: M. BOGNI, A. DEFANT, *Big Data: diritti IP e problemi della privacy*, in *Il Diritto Industriale*, volume n. 2/2015, p. 117; E. NUNZIANTE, *Big Data. Come proteggerli e come proteggerci. Profili di tutela tra proprietà intellettuale e protezione dei dati personali*, in *Law and Media Working Paper Series* n. 6/2017, p. 1, la quale, nel definire i dati come il "nuovo petrolio", sub nota 1 riporta integralmente "L'espressione è riportata in WORLD ECONOMIC FORUM, *Personal Data: the emergence of a new asset class*, 2011 p. 5. Molteplici sono stati i tentati paragoni volti a definire l'importanza che i dati assumono nella Società dell'Informazione. Qualcuno ne ha paragonato la natura alla seta per la sua capacità di accumularsi come fili nel cyberspazio e di intrecciarsi fino a formare <<un arazzo della personalità online dell'utente>> C. MARSDEN, I. BROWN, "Regulating Code", Boston, 2011. L'OECD ne ha invece sottolineato la natura di infrastruttura per la loro capacità di acquistare valore ogni qual volta riutilizzati e di servire scopi differenti. OECD, *Data-driven innovation: Big Data for growth and well-being*, Paris, 2015".

⁷ Towards a thriving data-driven economy (COM(2014) 442 Final), p. 4.



guentemente ricavarne fattori e decisioni. Da ciò deriva che, le attività di analisi dei Big data riposano su due piani: software e algoritmi per l'analisi, da un lato, e l'insieme dei dati raccolti e aggregati, dall'altro. Questa la definizione dei Big data, ci si chiede come sia possibile proteggerli (anche al fine di incentivarne lo sviluppo), e come proteggere l'utente da essi e dalle loro applicazioni. Ma vi è di più. La problematica, in realtà, si fonda su come regolamentare l'informazione nella sua dimensione più pura e nelle sue applicazioni più avanzate, assicurando il giusto equilibrio tra esclusione e accesso⁸. L'informazione rappresenta da sempre una risorsa economica ed essere in grado di analizzare i dati raccolti dagli oggetti smart rappresenta una vera e propria sfida da cogliere nell'ambito del settore economico⁹.

In termini più pratici, il *data mining* si afferma come uno dei settori più strategici per le aziende che operano nel contesto contemporaneo, le quali possono incrociare dati, avendo l'utente come unità di analisi per scoprire opportunità di investimenti economici enormi¹⁰. Lo scenario sinora rappresentato solleva diverse problematiche dal punto di vista giuridico¹¹: un primo profilo problematico concerne la definizione di "dato" e di "dato personale".

Sono infatti presenti norme che si applicano per i "dati" e norme che si applicano per i "dati personali" e più specificatamente per i "dati sensibili"; altro problema che fa discutere è se rientrino nei "dati" anche i cosiddetti "metadati", ovvero quelle informazioni che associate ad una pagina web, o anche ad una parte di essa, riescono a descriverne il contenuto e il contesto di riferimento¹². Sulla base delle linee guida Ocse del 1980, rivedute nel 2013¹³,

⁸ E. NUNZIANTE, *Big Data. Come proteggerli e come proteggerci. Profili di tutela tra proprietà intellettuale e protezione dei dati personali*, op. cit., p. 2, la quale, sub nota 4 riporta integralmente "Si veda G. GHIDINI, «Exclusion and Access in Copyright Law: the Unbalanced features of the European Directive of Information Society (INFOSOC)», in *Dir. Ind.* 2013 p. 6 nota 6, dove, con riferimento al diritto d'autore, accesso e esclusione vengono definiti come "gemelli siamesi" reciprocamente dipendenti".

⁹ S. PALANZA, *Internet of things, big data e privacy: la triade del futuro*, op. cit., p. 7.

¹⁰ Il concetto di "Data mining" è ulteriormente analizzato da Sabrina Palanza, *Internet of things, big data e privacy: la triade del futuro*, op. cit., p. 10, ove l'autrice si sofferma nel dichiarare che "Data mining" è il termine con il quale si identificano tutte le tecniche e le metodologie finalizzate all'estrazione di sapere e conoscenza partendo da una vasta mole di dati, e al successivo utilizzo di questo sapere per scopi scientifici, industriali ecc. Oggigiorno, gran parte delle aziende sono impegnate nell'attuazione del data mining, considerandolo un investimento a lungo termine. Ed è proprio l'immensa mole di dati che ormai le aziende si trovano a dover gestire che ha portato allo sviluppo del business analytics. Gli strumenti di quest'ultima metodologia di analisi possono aiutare le aziende ad identificare rapidamente le informazioni importanti (soprattutto per soddisfare l'utente, evitando così di chiedergli dati che poi non sarebbero utilizzati), permettendo così una maggiore trasparenza aziendale e una maggiore condivisione della conoscenza internamente alle aziende stesse".

¹¹ Per una disamina sul fenomeno dei c.d. Big Data, si rinvia a ZENO – ZENCOVICH e GIANNONE CODIGLIONE, *Ten legal perspectives on the "Big Data Revolution"*, Editoriale Scientifica, 2017. Con riferimento allo scritto in questione, si rinvia altresì a F. DI PORTO (a cura di), *Big data e concorrenza, numero speciale di Concorrenza e mercato, La rivoluzione Big Data. Un'introduzione*, vol. 23 2016, pp. 5-14. In particolare, l'autrice a p. 13 rappresenta che "Le "dieci tesi" di Zeno Zencovich e Giannone Codiglione offrono una lettura composita del fenomeno big data da altrettante prospettive giusprivatistiche, includendone una (l'ultima) etica. Accanto agli aspetti proprietari dei big data, ove si richiamano e discutono i tre modelli della proprietà tradizionale, della proprietà intellettuale e del contratto, gli autori sottolineano come la "commodification" dei big data stia sgretolando la nobile tradizione che vede i dati personali appartenenti alla sfera del diritto morale della personalità, non mercificabile, relegandola viepiù ad un mero "wishful thinking". Dalla commerciabilità del sé del "consumatore iper-connesso", gli autori affrontano le questioni poste dalle possibili tipologie contrattuali impiegabili per la trasmissibilità dei dati personali, come di quelli "all'ingrosso". Specie dei primi, si evidenzia come la finzione della "gratuità" di molti servizi online, pagati invece col "prezzo" dei propri dati personali, renderebbe applicabile la disciplina dei contratti del consumatore, con la conseguente nullità di molte delle clausole previste nei terms and conditions delle "app" e dei "social" più diffusi".

¹² C. FOCARELLI, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 28.



sono da definirsi come “dati personali” tutte quelle informazioni relative ad un determinato individuo e che possono fornire dettagli sulle sue caratteristiche, le sue abitudini, il suo stile di vita, il suo stato di salute, ecc. A questa definizione, ripresa anche dalla Direttiva 95/46/CE del 1995 (art. 2), segue quella di “dato sensibile” riportata anche dal Codice in materia di protezione dei dati personali italiano (art. 4), ovvero quei dati che possono rivelare l’origine etnica e razziale di una persona, le sue convinzioni religiose, politiche, l’adesione a partiti politici, lo stato di salute e la natura sessuale¹⁴.

Tuttavia, con l’evoluzione tecnologica, altre tipologie di dati personali hanno assunto un ruolo significativo, come quelli relativi alle comunicazioni elettroniche e quelli che consentono la geolocalizzazione, ovvero quei dati che vengono prodotti quotidianamente dagli utenti con l’utilizzo di oggetti smart¹⁵.

A tal proposito, il gruppo di esperti Ocse ha suggerito che il termine “dati personali” venga inteso in chiave evolutiva, considerando anche quelle informazioni che, se connesse ad altri dati sull’individuo, possono produrre effetti su di esso, sottolineando l’importanza del modo in cui i dati vengono utilizzati.

Questa interpretazione della definizione di “dato personale” è significativa nel momento in cui si parla di “metadati”, ovvero quei dati che descrivono in modo strutturato le proprietà dei dati presenti in una pagina web, descrivendone, per esempio, il contenuto e la locazione¹⁶. Quando si parla di “dati”, come ricorda il Garante italiano per la privacy¹⁷, si possono giuridicamente identificare quattro attori principali:

- l’interessato, ovvero la persona fisica cui si riferiscono i dati personali;
- il titolare, ossia la persona fisica, l’azienda, l’ente pubblico ecc. cui spettano le decisioni sugli scopi e sulle modalità del trattamento dei dati, e gli strumenti da utilizzare;
- il responsabile, che può essere una persona fisica, una società, un ente pubblico o un’associazione a cui il titolare affida compiti specifici per il trattamento e controllo dei dati;
- l’incaricato, ovvero colui che per conto del titolare elabora o utilizza, con determinate finalità, i dati, seguendo le direttive del titolare

I problemi principali dovuti alla continua espansione dati prodotta dall’IoT sono due: (i) da un lato quello legato alla protezione dei dati che, se usati abusivamente, possono divenire oltre che una risorsa economica per le aziende anche un’arma contro l’utente stesso; (ii) dall’altro, quello di stabilire e definire con chiarezza i ruoli di coloro che vengono a contatto con i dati stessi¹⁸.

Sotto il profilo della c.d. monetizzazione dei dati, il dibattito è molto acceso, soprattutto quando è la privacy stessa che diviene risorsa economica e quando sono gli utenti stessi a cederla in cambio di servizi gratuiti. Ad ogni modo, non può non essere rilevato che uno dei cardini su cui non si transige è il c.d. “requisito di avviso e consenso” alla raccolta

¹³ Garante per la protezione dei dati personali, Linee guida Privacy Ocse riviste, 9 settembre 2013, <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=2629667>.

¹⁴ S. PALANZA, *Internet of things, big data e privacy: la triade del futuro*, op. cit., pp. 7-8.

¹⁵ S. PALANZA, *Internet of things, big data e privacy: la triade del futuro*, op. cit., pp.8.

¹⁶ S. PALANZA, *Internet of things, big data e privacy: la triade del futuro*, op. cit., p. 8. L’autrice sul punto chiarisce in tal senso: “Basti pensare ad una libreria digitale contenente diversi dati/oggetti: è proprio grazie ai metadati che è possibile scoprire chi ha creato il dato in analisi, chi lo possiede, quando è stato creato, ecc.”.

¹⁷ Garante per la protezione dei dati personali, Cosa intendiamo per dati personali?, <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/diritti/cosa-intendiamo-per-dati-personali>.

¹⁸ S. PALANZA, *Internet of things, big data e privacy: la triade del futuro*, op. cit., p. 9.



dei dati, ossia il principio per cui l'utente deve essere avvisato che i suoi dati saranno raccolti.

Ciò è ormai previsto dalle norme giuridiche esistenti, ma secondo alcuni giuristi perde di significato nel momento in cui si parla di big data. Infatti, per loro natura, questa evoluzione dei dati non è significativa nel momento della raccolta, bensì quando i big data vengono analizzati ed archiviati nella loro immensa varietà, velocità e volume¹⁹. In tale scenario, si propone la questione della configurabilità del dato personale come bene giuridico²⁰.

A prescindere dal riconoscimento o meno del dato personale alla più ampia categoria di bene giuridico, "non si può certamente negare che la protezione di esso sia da considerarsi come diritto fondamentale, sia alla luce della disciplina Europea che alla luce della nostra carta costituzionale.

Poiché non è possibile negare che il dato personale (anche quando inserito all'interno di modalità circolatorie) mantiene un indissolubile legame con il soggetto a cui si riferisce, è necessario che l'assetto normativo si ponga come scopo primario quello di evitare che i diritti della personalità dell'individuo siano colpiti nel loro nucleo fondamentale. Lo scopo deve essere dunque duplice: proteggere la dignità dell'individuo e renderlo partecipe del valore che viene tratto dall'utilizzo dei suoi dati. La tutela del soggetto di diritto nell'ambito dei Big Data deve dunque valorizzare il suo rapporto diretto con i dati personali ma deve anche essere tale da assicurargli la possibilità di essere parte stessa del mercato che egli alimenta. Anziché porsi in contrasto, questi due aspetti possono essere ricondotti a un unico principio e cioè la garanzia dell'autonomia dell'individuo rispetto all'utilizzo dei suoi dati personali"²¹.

Al fine di garantire che i dati personali non siano soggetti ad accessi o intrusioni anomali, dal punto di vista delle imprese, si contempla il processo che consente di rendere il dato non più identificativo dell'individuo (e, quindi, non più dato personale), tanto da permette ai controllori dei dati di sottrarsi, almeno parzialmente, dagli obblighi scaturenti dalla tutela dei dati personali. Tuttavia, esso non solleva le imprese dei Big Data da ogni onere: è necessario compiere l'accertamento circa la mancata reversibilità di tale processo. Un ulteriore strumento, utilizzabile per proteggere il data subject e per attribuirgli dei poteri nell'ambito della gestione dei dati, è la cosiddetta data portabilità: rectius, attribuendo cioè copia intellegibile dei propri dati raccolti, l'individuo acquista consapevolezza di quanto di proprio è nelle mani del controllore e allo stesso tempo ha facoltà di utilizzarlo come me-

¹⁹ S. PALANZA, *Internet of things, big data e privacy: la triade del futuro*, op. cit., p. 10, la quale sul punto sub nota 24 rinvia a "Carlo Focarelli, *La privacy*, cit., p. 70".

²⁰ E. NUNZIANTE, *Big Data. Come proteggerli e come proteggerci. Profili di tutela tra proprietà intellettuale e protezione dei dati personali*, op. cit., p. 10, la quale, sub nota 21 riporta integralmente "Esiste sulla questione un'ampia letteratura che non si limita alla mera contrapposizione tra contrari e favorevoli ma vede declinarsi diverse posizioni e interpretazioni. Si citano qui, tra gli altri, a mero titolo di riferimento L. MORMILE, "Lo statuto giuridico dei dati personali" in R. PANETTA (a cura di) "Libera circolazione e protezione dei dati personali", 2006, p.531 e ss. A. MANTELERO, "Il costo della privacy tra valore della persona e ragione di impresa", 2007 p.570 ss. In senso più ampio, sull'informazione come bene giuridico: P. PERLINGIERI, «L'informazione come bene giuridico» in *Rass.dir.civ.* 1990 e P. CATALA, "Ebauche d'une théorie juridique des productions immatérielles" in "L'appropriation de l'information", 1986".

²¹ E. NUNZIANTE, *Big Data. Come proteggerli e come proteggerci. Profili di tutela tra proprietà intellettuale e protezione dei dati personali*, op. cit., p. 10, la quale sub nota 22 rinvia a O. TENE, J. POLONETSKY, «Big Data for All: Privacy and Use Control in the Age of Analytics» in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* vol. 11 n. 5, 2013, p. 263, ed anche W. KERBER, "Digital Markets, Data and Privacy: Competition Law, Consumer Law, and Data Protection in Joint discussion Paper Series in Economics", 14 (2016) p. 10.



glio ritiene, esercitando la sua autonomia e partecipando dunque del valore creato dai suoi dati²².

Affinché ciò si realizzi nell'interesse dell'utente, è necessario aggiungere "un'effettività del principio di trasparenza (la cui importanza è stata, ancora una volta, sottolineata dal nuovo Regolamento UE).

Quest'ultimo deve essere visto in senso ampio e, in particolare, in modo tale da investire due differenti profili. Il primo è relativo alla necessità di garantire al soggetto conoscenza su chi sia effettivamente in possesso dei dati personali e sulle modalità con le quali essi sono stati acquisiti, anche e soprattutto quando sono intervenuti scambi con terze parti. Il soggetto dovrebbe (ma ciò non è sempre facile nella pratica) essere in grado di risalire la catena dei passaggi che coinvolgono i suoi dati al fine di poter esercitare i suoi diritti. Dall'altro lato, è necessario che la trasparenza investa anche le modalità con la quale i dati sono trattati e, conseguentemente, gli algoritmi che sottendono l'analisi di essi²³.

3. Come in precedenza rappresentato, il mondo dei Big Data va quindi valutato sulla base dei due piani su cui esso si fonda: gli strumenti di analytics e i dati. Il primo piano è quello relativo alle strutture necessarie per poter efficacemente svolgere le attività di analisi: infrastrutture fisiche e non fisiche tra le quali assumono particolare rilevanza, come detto, i software e gli algoritmi. A questo punto della trattazione, sarebbe opportuno verificare se e a che livello sia possibile configurare diritti di proprietà intellettuale su questi ultimi elementi, proteggendo il vantaggio competitivo degli operatori e allo stesso tempo stimolando lo sviluppo del settore.

Per quanto riguarda i programmi per elaboratori, la protezione principale è assicurata dal diritto d'autore. La tutela di per sé si presenta come particolarmente forte: erga omnes, automatica e di lunga durata. Tuttavia, essa non offre una notevole stabilità, richiedendo la sussistenza di un requisito di originalità (inteso in UE come *author's own intellectual creation* e negli US, dopo la sentenza *Feist*, come *modicum di creatività*) che facilmente può essere negato, ogni qualvolta le istruzioni presenti nel codice siano necessitate dalla funzione²⁴.

²² E. NUNZIANTE, *Big Data. Come proteggerli e come proteggerci. Profili di tutela tra proprietà intellettuale e protezione dei dati personali*, op. cit., p. 11, la quale sub nota 24 rinvia a O. TENNE, J. POLONETSKY, op. cit., p. 263.

²³ E. NUNZIANTE, *Big Data. Come proteggerli e come proteggerci. Profili di tutela tra proprietà intellettuale e protezione dei dati personali*, op. cit., pp. 11-12.

²⁴ E. NUNZIANTE, *Big Data. Come proteggerli e come proteggerci. Profili di tutela tra proprietà intellettuale e protezione dei dati personali*, op. cit., p. 3, la quale sub nota 5 riporta integralmente "Il principio dell'*author own intellectual creation* è stabilito nelle direttive dell'UE con specifico riferimento a computer programs (dir. 91/250/CE poi modificata da dir. 2009/24/CE) e database (dir.96/9/CE). Tuttavia è bene sottolineare che a seguito della sentenza *INFOPAQ* (ECJ C-5/08) il criterio deve ritenersi applicabile a tutte le opere di ingegno, in lettura congiunta con la direttiva *INFO-SOC* (dir. 2001/29/CE). Negli USA nella sentenza *Feist* la Supreme Court ha innalzato il livello di creatività richiesto nella disciplina statunitense superando l'angolosassone approccio dello *sweat of the brow* (*Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991)). Tuttavia, si potrebbe ritenere che una forma di protezione potrebbe sorgere in UK, laddove il CDPA sec. 3(1)(a) conserva, nonostante l'intervenuta direttiva a livello europeo, protezione per "a table of compilations other than a database". Con riferimento a queste ultime, si è sostenuto che la differenza rispetto ai database sia proprio nel livello di originalità richiesto. Le table of compilations conserverebbero, sotto questo punto di vista, la possibilità di applicazione del vecchio approccio *cd. sweat of the brow* che richiede al fine di stabilimento della tutela la mera presenza skill, labour and judgement (alternativamente). Si veda relativamente alla giurisdizione inglese: T. APLIN, J. DAVID, *"Intellectual Property Law: Text, Cases and materials"*, 2009, Oxford pp. 201 ss.. L'autrice continua sul punto a fornire una disamina del sistema americano, sostenendo, con rife-



E' necessario anche rappresentare che, "l'applicazione della disciplina brevettuale agli strumenti analitici, pur se riconosciuta, risulterebbe probabilmente inidonea a garantire un effettivo livello di protezione. Il brevetto è, infatti, un diritto di proprietà intellettuale "statico" che, cioè, cristallizza l'invenzione nella sua descrizione. Al contrario, gli strumenti di data analytics, sono tanto più efficaci quanto più in grado di evolversi e di adattarsi nel tempo.

La protezione di tali strumenti, tuttavia, può efficacemente basarsi su due tutele diverse: la tutela del segreto industriale e quella contrattuale.

Queste ultime hanno entrambe il difetto di essere relative: diritti in personam e non in rem. In particolare, moltissimi dubbi possono essere sollevati rispetto all'efficacia del primo metodo.

La tutela del trade secret, ancorché capace di coprire sia source code che algoritmi, incontra infatti dei limiti: la necessità di provare l'applicazione di misure efficaci per garantire la segretezza (difficile da raggiungere, in un mondo interconnesso e aperto come quelli dei Big Data) e l'impossibilità di proteggersi da atti indipendenti di terzi o da pratiche di reverse engineering. In aggiunta, la tutela dei trade secret si presenta, più degli altri strumenti di proprietà intellettuale, come fortemente frammentata nei diversi paesi (nonostante la recente direttiva UE che è principalmente volta a garantire l'effettività dei rimedi più che ad armonizzare).

In alcuni paesi, il segreto industriale è, infatti, protetto mediante previsioni legislative (in Italia artt. 98 e 99 c.p.i.) mentre in altri (si veda la Germania) esso è ricondotto alla più ampia disciplina dalla concorrenza sleale²⁵. Anche con riferimento ai dataset (l'insieme aggregato dei dati sulla base del quale operano le attività di analisi dei Big Data), si presenta analoga problematica di protezione della proprietà intellettuale. Tali dati, infatti, potrebbero essere categorizzati come database e quindi soggetti, nell'Unione Europea, al doppio livello di protezione del diritto d'autore e del diritto sui generis.

Ebbene, quanto al primo, è ardua la possibilità di configurare la presenza di un livello di originalità tale da poter attrarre la protezione del copyright. Anche in questo caso, il diritto d'autore assicurerebbe protezione dalla sola copia esatta del database (o di parte di esso) come tale. Più appropriato sembra invece il diritto sui generis, sia nella sua costruzione sia nella sua portata. Esso, infatti, sorge a seguito di un sostanziale investimento nell'ottenimento, verifica e presentazione dei contenuti e permette di proteggere il database dall'estrazione e dalla riutilizzazione dei dati²⁶.

Questa l'analisi dell'istituto che precede, ci si chiede se l'art. 2, comma 9, della Legge sul diritto d'autore (L. 22 aprile 1941, n. 633), che elenca tra le opere dell'ingegno oggetto

rimento alla disciplina brevettuale, che "A differenza di quanto previsto in Europa, infatti, gli Stati Uniti consentono la protezione dei cosiddetti business method che potrebbero ricomprendere le combinazioni di algoritmi e programmi per elaboratore. Anche in questo senso la strada si presenta in salita. Nel leading case Alice, la Supreme Court ha stabilito che le condizioni che consentono la brevettabilità di tali oggetti sono due: l'invenzione non deve essere solo un'idea astratta e qualora sia tale deve mostrare un passo inventivo ulteriore che applichi tale idea⁶. La case law statunitense ci mostra che è sempre più difficile la soddisfazione di tali requisiti. In particolare, nella sentenza Content Extractio, la Federal Circuit, applicando il test di Alice e dichiarando l'invalidità del brevetto in questione a causa del suo oggetto astratto, così si esprime: «The concept of data collection, recognition, and storage is undisputedly well-known. Indeed, humans have always performed these functions».

²⁵ E. NUNZIANTE, *Big Data. Come proteggerli e come proteggerci. Profili di tutela tra proprietà intellettuale e protezione dei dati personali*, op. cit., p. 4.

²⁶ E. NUNZIANTE, *Big Data. Come proteggerli e come proteggerci. Profili di tutela tra proprietà intellettuale e protezione dei dati personali*, op. cit., p. 5.



della protezione di diritto d'autore (e non quindi di un diritto connesso, come invece il diritto sui generis di cui all'art. 102 bis) "le banche dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore", possa attagliarsi alle raccolte di Big Data²⁷.

La risposta non può che essere negativa, dal momento che in tali raccolte il materiale non è "scelto o disposto" dall'autore, ma ricevuto passivamente ed analizzato con l'impegno di programmi per elaboratore, anche se si potrebbe cercare di sostenere che la disposizione dei dati effettuata dal programma debba essere considerata una "creazione intellettuale", legata alla capacità del software di catalogare e correlare i dati in modo originale rispetto alla classificazione che verrebbe ordinariamente operata.

Tuttavia, questa lettura non sembra coerente con la ratio della norma, che con il requisito della creatività si riferisce al fatto che l'opera costituisca una costruzione ed organizzazione espressiva che rispecchia la personalità dell'autore²⁸. Ciò posto, le raccolte di Big Data sembrerebbero rientrare nella previsione di cui all'art. 102 bis della Legge sul diritto d'autore, avente ad oggetto le c.d. banche di dati non creative.

Tale disposizione riserva al "costitutore" della banca di dati, da intendersi come "chi effettua investimenti rilevanti per la costituzione di una banca di dati o per la sua verifica o la sua presentazione, impegnando, a tal fine, mezzi finanziari, tempo o lavoro", il diritto di "vietare le operazioni di estrazione ovvero reimpiego della totalità o di una parte sostanziale della stessa". Il diritto sui generis viene inquadrato nella categoria dei diritti connessi, categoria residuale nell'ambito del sistema della tutela del diritto d'autore, con contenuto del tutto eterogeneo²⁹.

La fattispecie costitutiva del diritto sui generis si rinviene in presenza di una raccolta di dati "in un momento di un certo rilievo (che tuttavia non è possibile fissare astrattamente), tale che il fatto stesso della loro unione soddisfi un bisogno informativo socialmente apprezzabile"³⁰.

Ebbene, alla luce di tali dati normativi, "le informazioni concernenti l'attività svolta da un utente ad esempio navigando su un sito di e-commerce o su un motore di ricerca rientrano nel complesso di una banca di dati; ed il costitutore di essa (e quindi il gestore del sito o del motore di ricerca stessi) potrà opporsi all'estrazione ed al reimpiego delle stesse ove ciò avvenga nell'ambito di un prelievo che non riguardi solo informazioni singole, ma l'intera banca di dati ovvero una parte sostanziale di essa, e non appena la stessa informazione sarà stata appresa dal sistema e "ordinata in uno o più indici o ... accompagnata da codici che ne consentano la catalogazione e il reperimento secondo un criterio prestabilito"³¹.

Quella di cui all'art. 102 bis della Legge sul diritto d'autore non è l'unica forma di tutela invocabile per le raccolte di Big Data, specie con riferimento alle informazioni aventi ad oggetto le attività svolte dai singoli soggetti sulla rete o comunque informazioni raccolte con strumenti informatici. Invero, possono essere presi in considerazione, anzitutto, le di-

²⁷ M. BOGNI e A. DEFANT, *Big Data: diritti IP e problemi della privacy*, op. cit., p. 119.

²⁸ M. BOGNI e A. DEFANT, *Big Data: diritti IP e problemi della privacy*, op. cit., p. 119.

²⁹ M. BOGNI e A. DEFANT, *Big Data: diritti IP e problemi della privacy*, op. cit., p. 119.

³⁰ M. BOGNI e A. DEFANT, *Big Data: diritti IP e problemi della privacy*, op. cit., p. 119, i quali sub nota 2 rinviano a G. Guglielmetti, La tutela delle banche dati con diritto sui generis nella Direttiva 96/9/CE, in Contr. e impr. Europa, 1997, 181.

³¹ M. BOGNI e A. DEFANT, *Big Data: diritti IP e problemi della privacy*, op. cit., p. 120, i quali sub nota 3 rinviano a G. Guglielmetti, La tutela delle banche dati con diritto sui generis nella Direttiva 96/9/CE, op. cit., p. 180.



sposizioni di cui agli artt. 98 e 99 c.p.i. che disciplinano il diritto di proprietà industriale sulle informazioni riservate³². Quanto ai requisiti di tutela, l'art. 98 c.p.i. prevede che dette informazioni debbano essere: (i) segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; (ii) abbiano valore economico in quanto segrete; (iii) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete.

4. Come abbiamo avuto modo di rappresentare, è possibile che gli strumenti analitici dei *Big Data* (ed in particolare gli strumenti predittivi) si pongano come lesivi della dignità dell'individuo. Attraverso la categorizzazione degli individui all'interno di parametri precostituiti si rischia, infatti, di porre in essere pratiche discriminatorie.

Il pericolo è evidente in presenza di dati sensibili ma, a causa del potenziale dell'aggregato, riguarda anche altre tipologie di dati personali. Si pensi, ad esempio, a come tali pratiche possano porsi come lesive dell'individuo nel contesto del lavoro subordinato, quando, mettendo in rapporto poche caratteristiche di un lavoratore e paragonandole ad un pattern, possono essere tratte conclusioni relativamente alla sua condotta sulla base di elementi puramente probabilistici. Ancora, si veda il rischio di colpire la persona nella sua dimensione di consumatore ponendo in essere politiche di discriminazione dei prezzi sulla base delle enormi quantità di dati raccolti³³.

E' evidente che il fiorire di business legati ai *Big Data* si ponga in primo luogo come una minaccia per la protezione dei dati personali e dei principi che si pongono alla base di essa. I *Big Data* si inquadrano, infatti, all'interno di un contesto sociale e economico nel quale il meccanismo informazione/consenso mostra sempre più la sua fragilità.

A fronte di forte asimmetrie informative, di una scarsa consapevolezza e dell'urgenza di accedere ai servizi, l'interessato fornisce un consenso la cui natura libera e informata è sempre più questionabile. Dall'altro lato, le stesse imprese, diffidenti della giustificazione del trattamento basato sul consenso, inquadrano sempre più le loro attività in altre condizioni legittimanti³⁴.

L'arsenale rimediale contemplato nel Regolamento UE 2016/679 in caso di danno discriminatorio può sintetizzarsi nei rimedi esperibili nei confronti: (i) dell'autorità di controllo (artt. 77 – 78); (ii) del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento. In particolare, l'art. 77, rubricato *“Diritto di proporre reclamo all'autorità di controllo”* recita *“1. Fatto salvo ogni altro ricorso amministrativo o giurisdizionale, l'interessato che ritenga che il trattamento che lo riguarda violi il presente regolamento ha il diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo, segnatamente nello Stato membro in cui risiede abitualmente, lavora oppure del luogo ove si è verificata la presunta viola-*

³² 32 M. BOGNI e A. DEFANT, *Big Data: diritti IP e problemi della privacy*, op. cit., pp. 122-123.

³³ E.NUNZIANTE, *Big Data. Come proteggerli e come proteggerci. Profili di tutela tra proprietà intellettuale e protezione dei dati personali*, op. cit., p. 7.

³⁴ E.NUNZIANTE, *Big Data. Come proteggerli e come proteggerci. Profili di tutela tra proprietà intellettuale e protezione dei dati personali*, op. cit., p. 8, la quale sub nota 8 riporta integralmente che *“Ci si riferisce qui in particolare alle condizioni previste dall'art. 6 co. 1 lett. b) e f) del nuovo Regolamento (Reg. EU 2016/679) e cioè il trattamento necessario per l'esecuzione di un contratto ovvero di misure precontrattuali e il trattamento giustificato da legittimi interessi (in particolare, quest'ultima disposizione si pone come sufficientemente vaga da poter dar luogo ad abusi oltre ad essere contestata per la scelta di porre sullo stesso piano di valutazione interessi e diritti)”*.



zione. 2. L'autorità di controllo a cui è stato proposto il reclamo informa il reclamante dello stato o dell'esito del reclamo, compresa la possibilità di un ricorso giurisdizionale ai sensi dell'articolo 78"; mentre l'art. 78, rubricato "Diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo nei confronti dell'autorità di controllo" dispone che "1. Fatto salvo ogni altro ricorso amministrativo o extragiudiziale, ogni persona fisica o giuridica ha il diritto di proporre un ricorso giurisdizionale effettivo avverso una decisione giuridicamente vincolante dell'autorità di controllo che la riguarda. 2. Fatto salvo ogni altro ricorso amministrativo o extragiudiziale, ciascun interessato ha il diritto di proporre un ricorso giurisdizionale effettivo qualora l'autorità di controllo che sia competente ai sensi degli articoli 55 e 56 non tratti un reclamo o non lo informi entro tre mesi dello stato o dell'esito del reclamo proposto ai sensi dell'articolo 77. 3. Le azioni nei confronti dell'autorità di controllo sono promosse dinanzi alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui l'autorità di controllo è stabilita. 4. Qualora siano promosse azioni avverso una decisione di un'autorità di controllo che era stata preceduta da un parere o da una decisione del comitato nell'ambito del meccanismo di coerenza, l'autorità di controllo trasmette tale parere o decisione all'autorità giurisdizionale. Invece, con riferimento ai rimedi contemplati nei confronti del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento, l'art. 79 contempla che "1. Fatto salvo ogni altro ricorso amministrativo o extragiudiziale disponibile, compreso il diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo ai sensi dell'articolo 77, ogni interessato ha il diritto di proporre un ricorso giurisdizionale effettivo qualora ritenga che i diritti di cui gode a norma del presente regolamento siano stati violati a seguito di un trattamento. 2. Le azioni nei confronti del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento sono promosse dinanzi alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento ha uno stabilimento. In alternativa, tali azioni possono essere promosse dinanzi alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui l'interessato risiede abitualmente, salvo che il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento sia un'autorità pubblica di uno Stato membro nell'esercizio dei pubblici poteri".

Stante il tenore letterale delle suddette previsioni normative, sembrerebbe che il danno discriminatorio da Big Data costituisca una preoccupazione prevalente nel Regolamento UE 2016/679.

Tuttavia il sistema di tutele disposto dal legislatore europeo mostrerebbe una rilevante lacuna, laddove contempla il danno discriminatorio esclusivamente con riferimento ai profili di illiceità del trattamento.

In altri termini, se non fosse un trattamento dei dati quello operato dall'algoritmo Big Data, ma l'algoritmo de quo venisse utilizzato per fini commerciali da parte di professionisti che si rivolgono a consumatori, quid iuris? Ebbene, trattandosi non solo di potenziale travolgimento della legittimità del trattamento di dati personali in sé, ma anche di impatto sulla opponibilità giuridica "nonprivacy" della determinazione commerciale, si potrebbe ipotizzare che la pratica de qua possa rilevare non solo per il Garante Privacy, ma altresì per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Invero, il silenzio impercettibile di certe pratiche di analisi di dati, specialmente in ambiente digitale potrebbe infatti consentire al professionista di operare indebiti condizionamenti della scelta (che dovrebbe essere libera e consapevole) del consumatore, verificandosi così una delle pratiche commerciali aggressive di cui all'articolo 25 del Codice del Consumo. Bisognerebbe certamente interrogarsi sull'effettivo grado di "condizionamento" reso possibile sulla base di analisi e profilazioni automatizzate.

In caso di elaborazioni dei dati dei consumatori che portassero a discriminare ingiustificatamente – e soprattutto in modo non trasparente agli occhi del singolo consumatore – l'offerta commerciale a ciascuno di essi riservata, si potrebbe perfino ipotizzare il ricorrere della pratica commerciale scorretta e della ingannevolezza delle comunicazioni. In presenza di discriminazione commerciale ingiustificata, basata sull'analisi algoritmica automa-



tizzata di Big Data, al di là del Codice del Consumo, ci soccorrerebbe, tra l'altro, l'articolo 14 del Codice Privacy che prevede come l'interessato a cui si riferiscono i dati possa opporsi ad ogni tipo di determinazione (tale potrebbe ben essere un'offerta o un contratto tra professionista e consumatore) fondata unicamente su un trattamento automatizzato di dati personali volto a definire il profilo o la personalità dell'interessato *“salvo che la determinazione sia stata adottata in occasione della conclusione o dell'esecuzione di un contratto, in accoglimento di una proposta dell'interessato”* o sulla base di adeguate garanzie individuate dal Garante Privacy.

5. Lo sfruttamento dei Big Data costituisce indubbiamente una “rivoluzione” che sta trasformando il nostro modo di vivere, ma che tuttavia minaccia la nostra libertà.

Questo il contesto generale del fenomeno de quo, non si può però prescindere dalle effettive problematiche connesse alla tutela della privacy. Così come non possono sottrarsi le manchevolezze della legislazione anti-discriminatoria, fondata su un sistema di accertamento che non sempre assicura un'adeguata protezione alle vittime delle discriminazioni, ostacolandone talvolta ab origine l'accesso alla tutela in sede giurisdizionale.

Basti pensare, invero, che trascinare un'azienda in tribunale per il risarcimento del danno discriminatorio da Big Data significa disporre di risorse economiche di cui spesso il singolo non dispone. Ma il deludente e scarso sviluppo del contenzioso giudiziale non è solo imputato alla debolezza “economica” dell'iniziativa individuale; non deve infatti essere trascurata la difficoltà di assolvere l'onere della prova e quello preliminare di allegazione.

Di conseguenza nei fatti l'utente discriminato decide suo malgrado di patire la discriminazione piuttosto che affrontare una guerra giudiziaria che non può permettersi. Ebbene, nell'ambito della c.d. era digitale – dove praticamente all'utente tutto è concesso, cliccando un semplice tasto – il deficit connesso alla tutela delle vittime da danno discriminatorio da Big Data non può che costituire un serio ed insostenibile limite. Lo scenario sinora prospettato si riflette in modo inequivocabile nelle dichiarazioni rese dal Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali Antonello Soro, secondo il quale “I cambiamenti imposti dall'innovazione tecnologica hanno generato un livello senza precedenti di raccolta e di elaborazione di dati, destinato a subire un'ulteriore espansione con le nuove applicazioni dell'Internet delle cose, della robotica, della realtà aumentata.

Dalle parole e dai numeri ai giochi, ai media, alle funzioni complesse dei sistemi industriali, all'ambiente, ai trasporti: tutto quello che riguarda la nostra esistenza ha subito una trasformazione digitale. Ora stiamo varcando una nuova frontiera, stiamo entrando nell'era dei sistemi cognitivi. Una nuova categoria di tecnologie, che utilizza l'elaborazione del linguaggio naturale e dell'apprendimento automatico, è in grado di amplificare e accelerare il processo di trasformazione digitale, per consentire alle persone e alle macchine di interagire in modo più naturale, estendendo e potenziando le competenze e le capacità cognitive.

Lo sviluppo delle tecnologie rappresenta il presupposto essenziale perché le imprese possano competere nella dimensione globale dei mercati e perché possano migliorare le condizioni di vita delle persone in ogni angolo del pianeta.

Ma i progressi incessanti di questi cambiamenti mettono in discussione molti paradigmi consolidati del diritto e molte consuetudini della politica. E sollevano interrogativi ineludibili.

Avvertiamo che lo sviluppo di una florida economia fondata sui dati, che sfrutta le funzionalità tecnologiche per la loro raccolta continua e massiva, la trasmissione istantanea



ed il riutilizzo, ci espone a nuovi rischi. E, poiché i dati rappresentano la proiezione digitale delle nostre persone, aumenta in modo esponenziale anche la nostra vulnerabilità.

La libertà di ciascuno è insidiata da forme sottili e pervasive di controllo, che noi stessi, più o meno consapevolmente, alimentiamo per l'incontenibile desiderio di continua connessione e condivisione. Da un lato le imprese tecnologiche hanno dilatato la raccolta e la disponibilità dei nostri dati, dall'altro le esigenze di sicurezza, di fronte alla minaccia criminale e terroristica, hanno spinto progressivamente i governi ad estendere il controllo delle attività svolte in rete per finalità investigative in modo sempre più massivo. Il combinarsi di questi processi ha prodotto una straordinaria intrusione nella vita di tutti, una vera e propria sorveglianza, con effetti importanti sui comportamenti individuali e collettivi, sugli stessi caratteri delle nostre democrazie. Penso che la protezione dei dati debba assumere un ruolo di primo piano per presidiare la dimensione digitale: quella in cui sempre più si spiega la nostra esistenza e nella quale ora si svolgono anche le relazioni ostili tra gli stati e dentro gli stati. La nuova economia, fatta di tecnologia sempre più interconnessa, favorita dall'espansione dell'Internet in mobilità, alimentata dalla presenza capillare di sensori intelligenti, si caratterizza per i grandi volumi di dati, l'infinita eterogeneità delle fonti da cui provengono e la velocità dei sistemi che li analizzano. Ma governare questi processi non è certamente un compito semplice. La capacità di estrarre dai dati informazioni che abbiano un significato e siano funzionali, richiede infatti lo sviluppo di sofisticate tecnologie e di competenze interdisciplinari che operino a stretto contatto. In questo quadro i progressi nella potenza di calcolo svolgono un ruolo centrale per l'analisi dei Big Data e per l'acquisizione della conoscenza. E in un futuro non troppo lontano l'intelligenza artificiale, grazie ad algoritmi capaci di apprendere e migliorare autonomamente le proprie abilità, offrirà soluzioni efficaci per soddisfare le più disparate esigenze. E arriverà ad occuparsi di problemi che oggi possono sembrare ostacoli insormontabili, a beneficio della collettività (...)³⁵.

³⁵ Si rinvia sul punto all'intervento del Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, Antonello Soro, in occasione del Convegno organizzato in occasione della Giornata Europea della protezione dei dati personali – tenutosi in data 30 gennaio 2017 "BIG DATA E PRIVACY. LA NUOVA GEOGRAFIA DEI POTERI", la cui relazione è disponibile sul sito del Garante per la protezione dei dati personali: www.garanteprivacy.it.



PROFILI PATRIMONIALI DELL'UNIONE CIVILE

O. LANZARA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La tecnica del rinvio: il ruolo dell'art. 1, comma 20, l. 76/2016. – 3. I rapporti patrimoniali nelle unioni civili. – 3.1. La comunione legale. – 3.2. Le convenzioni patrimoniali. – 3.3. Il fondo patrimoniale. – 3.4. L'impresa familiare. – 4. Le norme espunte dal rinvio.

1. Nel corso degli anni la tradizionale famiglia italiana è stata investita da una trasformazione inedita, tale da modificare i valori, le regole e persino i modelli sociali di riferimento¹.

L'impianto normativo, orientato unicamente alla tutela della famiglia fondata sul matrimonio, si è rivelato non di rado incapace di apprestare un'adeguata disciplina alle nuove forme di relazioni familiari².

La legge 20 maggio 2016, n. 76 rappresenta, in quest'ottica, il tentativo di colmare il vuoto di tutela segnalato, da ultimo, anche dalla Corte di Strasburgo³, che ha stigmatizzato

* Il presente contributo è destinato agli Studi in onore di P. STANZIONE.

¹ G. AUTORINO STANZIONE, *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, Torino, 2011; G. AUTORINO STANZIONE, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2015; C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 4, p. 333, secondo cui “se la l. n. 151/1975, in attuazione dei principi sanciti dall'art. 29 Cost., ha quale cellula sociale di riferimento la famiglia nucleare, progressivamente si assiste al diffondersi di nuove forme “liquide e dinamiche” di convivenza, per le quali non è più indeffettibile la presenza, quale titolo genetico, del matrimonio: il pensiero va, in primo luogo, alle famiglie di fatto, caratterizzate dalla serietà, riconoscibilità sociale, tendenziale stabilità del vincolo tra conviventi. La famiglia nucleare italiana, quale unità di affetti, regolata da norme pubblicamente sancite, profondamente tradizionale negli stili di vita e di consumo, fondata su solidarietà collettiva, ordinata gerarchicamente per età e sesso, viene investita da una trasformazione inedita, tale da modificare i valori, le regole, i modelli sociali di riferimento. In nome di un imperante principio di libertà, vanno ad allentarsi i vincoli tradizionali: si registra una pluralità di forme familiari ed una accentuata instabilità delle stesse”; F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 529, il quale, all'inizio del nuovo millennio, richiamando la celebre immagine di Jemolo della famiglia quale isola che il mare del diritto può solo lambire, evocava la figura dell'arcipelago, caratterizzata da una grande isola e da piccole isole rappresentate dai rapporti parafamiliari; L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1105 ss., spec. p. 1115-1116, ove afferma che “alla luce del costante e sempre più incisivo richiamo in ambito familiare alla negozialità e al sistema della responsabilità civile, si rileva come l'arcipelago sia ormai prossimo a ricongiungersi alla terraferma, con conseguente rinnovata e intensificata giuridicizzazione delle relazioni familiari”. Lo stesso Busnelli, a distanza di una decina di anni (F. D. BUSNELLI - M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 768 ss.) è giunto a proporre l'immagine, sulla base dell'osservazione del quadro legislativo europeo nel frattempo venutosi a creare, di una di una famiglia in frantumi. Cfr. altresì G. PARISI, *Unioni civili e filiazione: le grandi riforme del terzo millennio tra effettività e problematiche*, in www.comparazioneditto.civile.it, ottobre 2016.

² C. PALMIERI, *La famiglia omosessuale, linee di tendenza e prospettive*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, a cura di F. ROMEO, Torino, 2014, p. 45 ss.; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondante sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016)*, in *Nuove leggi commentate*, 2016, 3, p. 367. Sulla situazione preesistente all'emanazione della legge cfr. G. FERRANDO, *Le unioni civili. La situazione in Italia alla vigilia della riforma*, in www.juscivile.it, 2016, 3, p. 38 ss.

³ La Corte europea dei diritti dell'uomo in diverse note e decisioni, da ultimo ribadite nella sentenza pronunciata nel caso Oliari, ha affermato che l'art. 8 Cedu, laddove riconosce e garantisce “il diritto al rispetto della vita privata e familiare”, non vincola gli Stati a concedere “accesso al matrimonio anche ad una coppia omosessuale”; obbliga, invece, al pieno riconoscimento giuridico delle unioni *same sex* sia pure nel rispetto del “libero margine di apprezzamento



l'inerzia dell'Italia, sottolineando il mancato assolvimento, in violazione dell'art. 8 CEDU sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, dell'obbligo positivo di assicurare alle coppie omosessuali riconoscimento e protezione attraverso l'emanazione di una normativa *ad hoc*. Il legislatore, ricalcando il modello tedesco della *eingetragene Lebenspartnerschaft*⁴, ha così distinto le coppie *same sex* da quelle eterosessuali ed optato per una soluzione intermedia, ispirata al principio del c.d. doppio binario: da un lato, unioni civili tra persone dello stesso sesso e dall'altro convivenze di fatto tra coppie omo o eterosessuali.

Le unioni civili sono regolate dai primi 35 commi dell'articolo 1, ed in particolare: i commi 2-10 sono dedicati alla costituzione dell'unione civile; i commi 11-21 riguardano gli effetti personali e patrimoniali derivanti dalla stessa; infine, i commi 22-27 ne governano lo

statale riconosciuto a ciascuno Stato contraente nel sistema della Convenzione”, e ad una adeguata tutela “dei diritti fondamentali” (Corte EDU, 21 luglio 2015, n. 18766/11 e 36030/11), Oliari et al. c. Italia, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 1069, con nota di E. BRUNO, reperibile anche in <http://hudoc.echr.coe.int>. Con riferimento all'evoluzione che ha attraversato il concetto di famiglia in prospettiva europea v. si *amplius* N. LIPARI, *Riflessioni sulla famiglia e sistema comunitario*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, p. 438 ss., per il quale “la tutela dei rapporti familiari è fondamentalmente riferita alle posizioni individuali caratterizzate da rapporti sentimentali affettivi sessuali di reciproca dedizione e mutuo aiuto senza alcun diretto riferimento ad una garanzia del gruppo in quanto tale, inteso genericamente come luogo in cui quelle posizioni possono risultare protette o compromesse; il che apre alla garanzia di posizioni analoghe ancorché non riconducibili ad una struttura formalizzata”. Inoltre, sulla parificazione - in ambito europeo - delle unioni di fatto al matrimonio cfr. D. HENRICH, *La famiglia e il diritto di famiglia in trasformazione*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, cit., p. 447 ss. Sulle posizioni dell'ordinamento comunitario e della Corte di Giustizia Europea v. E. CALÒ, *La Corte di Giustizia accerchiata dalle convivenze*, in *Riv. not.*, 2002, 5, p. 1272 ss.; P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti Europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, p. 27 ss.; R. PACIA, *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 227 ss. Sull'incidenza delle fonti sovranazionali nel diritto interno M. MELI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: l'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 451 ss.; E. BERGAMINI, *Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 461 ss.; sul ruolo delle Corti cfr. V. SCALISI, *Famiglia e famiglie in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 7 ss.; infine, perplessità su una regolamentazione unitaria delle relazioni familiari sono state manifestate da G. DI ROSA, *Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 770. “Il ruolo delle Corti è stato determinante nella individuazione dei principi che dovevano “ispirare” il legislatore”: L. MAROTTI, *La tutela delle unioni omosessuali nel dialogo tra corti interne e Corte europea dei diritti umani*, in *Giur. it.*, 2013, p. 329 ss.

⁴ La tecnica c.d. del doppio binario è adottata dalla legge tedesca (16.2.2001), *Lebenspartnerschaftsgesetz*, per una esaustiva trattazione anche in chiave comparatistica sia consentito il rinvio a L. G. PATTI, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 958; G. PASSAGLIA, *Matrimonio e unioni omosessuali in Europa: una panoramica*, in *Foro it.*, 2010, IV, c. 275; P. WASMUTH, *La convivenza registrata tra persone dello stesso sesso in Germania e l'orientamento giurisprudenziale della Corte costituzionale tedesca*, in *Famiglia*, 2003, p. 503; G. SAIITO, *La giurisprudenza tedesca in materia di eingetragene Lebenspartnerschaft tra garanzie d'istituto e Abstandsgebot. Spunti di comparazione con la sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana*, in www.forumcostituzionale.it. Anche l'esperienza statunitense, caratterizzata da un sistema a doppio binario, offre sviluppi interessanti (per un'approfondita analisi cfr. V. BARELA, *Same sex marriage nell'interpretazione delle corti Supreme americane*, in www.comparazioneediritto.civile.it, maggio 2017; ID., *Teaching Anglo-American Law: moving away from the distinction between Comparative Private Law and Comparative Public Law*, in *Comparative Law Review*, vol. 6, n. 1, 2015, pp. 1-20). Le unioni civili, il matrimonio e il suo accesso da parte di coppie di stesso sesso, quest'ultimo talvolta concepito alternativo alle unioni civili e talaltra in sostituzione delle stesse, sono istituti che negli ultimi anni hanno trovato legittimazione negli interventi delle Corti Supreme e di recente, in modo dirompente, nella voce della Corte Suprema Federale degli Stati Uniti. Si pensi alla rivoluzionaria sentenza della Corte Suprema Federale, *Obergefell v. Hodges*, del giugno 2015 che ha, senza equivoci, dichiarato l'incostituzionalità della limitazione del matrimonio alle sole coppie eterosessuali. Od ancora alla risoluzione del caso *United States v. Windsor* (2013), ove si lamentava il mancato riconoscimento di un'esenzione fiscale riconosciuta ai coniugi superstiti, negato alla signora Windsor in ragione del fatto che il suo legame matrimoniale con la compagna deceduta, sorto a Toronto e pienamente riconosciuto poi anche nello Stato di New York, non fosse riconosciuto ai fini tributari dalle leggi federali alla luce della sezione 3 del DOMA, secondo cui il termine “coniuge” doveva essere applicato solo per i matrimoni tra un uomo e una donna.



scioglimento⁵. La scelta legislativa di mettere a punto le unioni civili mercé il rinvio alla disciplina del matrimonio, con alcune non irrilevanti distinzioni, delle quali si dirà nel prosieguo della trattazione, rende interessante, e per certi versi doveroso, analizzare l'istituto di recente introduzione, ricostruendone i relativi profili patrimoniali, ponendoli a confronto con il rapporto di coniugio⁶.

2. L'intricato gioco di rinvii contenuti nell'unico articolo di riferimento, composto da ben 69 commi, ha destato non poche perplessità⁷.

Per certo, l'attenzione dei primi commentatori si è attestata da subito sul comma 20, regola centrale della intera materia⁸, diretta a porre le basi dello statuto dei diritti e dei dove-

⁵ L'art. 1, comma 1°, della legge "istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione". Sulla portata del richiamo del legislatore agli artt. 2 e 3 Cost. si vedano M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e Diritto*, 2016, 10, p. 884; L. BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, in *Gius. civ. comm.*, Editoriale del 20 aprile 2016, p. 4; A. MORRONE, *Sub artt. 2-3 Cost.*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. SESTA, Milano, 2015; V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 848 ss.

⁶ R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 10, p. 1386; sugli aspetti di differenziazione sotto il profilo personale, v. si G. FERRANDO, *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, p. 889; M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir.*, cit., p. 639; M. SESTA, voce *Filiazione (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, p. 445 ss. e v. anche *il mio Stato unico di figlio e varietà di modelli familiari*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 952 ss.; M. N. BUGETTI, *Il cognome comune delle persone unite civilmente*, in *Fam. e dir.*, 2016; P. TRIMARCHI, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 864.; L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1712.

⁷ E. QUADRI, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corriere giur.*, 2016, 7, 893. si pone in chiave particolarmente critica rispetto a tale tecnica legislativa.

⁸ M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir.*, 2016; G. DE CRISTOFARO, *Le unioni civili tra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1° -34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 1, p. 101 ss.; V. BARBA, *Unione civile e adozione*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 381 ss.; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 3, p. 367 ss.; M. BIANCA, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, in *www.giudicedonna.it*, n. 2/2016; SESTA, *op. cit.*, p. 881 ss.; E. QUADRI, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 893 ss.; L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1779 ss.; P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 845 ss.; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, *ibidem*, p. 859 ss.; M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, *ibidem*, p. 868 ss.; G. FERRANDO, *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, *ibidem*, p. 889 ss.; M. ASTONE, *I regimi patrimoniali delle unioni civili nella legge n. 76/2016: opzioni legislative e principio di non discriminazione*, *ibidem*, p. 902 ss.; A. ARCERI, *Unioni civili, convivenze, filiazione*, *ibidem*, p. 958 ss.; E. AL MUREDEN, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, *ibidem*, p. 966 ss.; G. BONILINI, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente", e del convivente di fatto*, *ibidem*, p. 980 ss.; F. TOMMASEO, *Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze*, *ibidem*, p. 991 ss.; F. DANOVÌ, *L'intervento giudiziale nella crisi dell'unione civile e della convivenza di fatto*, *ibidem*, p. 995 ss.; R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1386 ss.; BALLARANI, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, p. 623 ss. V. altresì lo Speciale della *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 12, pt. II, che riporta gli Atti del Convegno di Padova, 7-8 ottobre 2016, e, in particolare, con riguardo alle unioni civili, i contributi di: P. ZATTI, *Introduzione al Convegno*, p. 1663 ss.; G. AUTORINO, *Le unioni civili in Europa*, p. 1667 ss.; A. AMBROSI, *Unioni civili e Costituzione*, p. 1676 ss.; E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, p. 1688 ss.; E. AL MUREDEN, *Lo scioglimento dell'unione civile tra rapporto di coppia e ruolo del "genitore sociale"*, p. 1699 ss.; L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, p. 1707 ss.; G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, p. 1718 ss.; G. FERRANDO, *Conclusioni*, p. 1775 ss. Tra le opere generali si vedano G. SPADARO - L. DELL'OSTA, *Unioni civili e convivenze: tutte le novità*, Milano, 2016; M. GORGONI (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto*, Rimini, 2016 (con Introduzione di F.D. BUSNELLI); AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili*



ri conseguenti alla costituzione del vincolo dell'unione. La centralità di tale previsione – definita da taluno – il “cuore pulsante” dell'intera pianificazione delle unioni civili⁹ è altresì evidenziata dalla circostanza che la stessa ha sostituito l'originario articolo 3 del primo disegno di legge, rubricato con il titolo onnicomprensivo di regime giuridico¹⁰. La regola principale dettata dal menzionato comma – nota come clausola di equivalenza – prevede giustappunto che “le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi”, o termini equivalenti, ovunque ricorrano 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”.

Rispetto a siffatto portato normativo, il secondo capoverso ha una precisa incidenza limitativa, statuendo che “la disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non espressamente richiamate nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 84”.

Né può sottacersi di come il riformatore del 2016 abbia contemplato un incipit del seguente tenore “al solo fine di assicurare l'effettività della tutela e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso” ed una disposizione di chiusura – nota come clausola di salvaguardia¹¹ – in tema di filiazione, per cui “resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle normative vigenti”.

Dunque, il menzionato dettame, articolandosi in tre diversi periodi, lascia trasparire icasticamente il rapporto tra la regola (la c.d. clausola di equivalenza) e l'eccezione, l'incipit e la clausola di salvaguardia.

Con precipuo riguardo al canone generale, il comma 20 – sancendo l'estensione delle disposizioni dettate per il matrimonio alle unioni civili – consente una vera e propria traslazione di disciplina da un istituto all'altro¹², dando luogo ad un nuovo regime giuridico comune ai due istituti di diritto di famiglia. Il tenore della prescrizione non lascia spazio a dubbi esegetici, potendosi escludere che essa rivesta valenza *latu sensu* interpretativa o meramente indicativa. Essa ha senz'altro carattere immediatamente precettivo. Tanto si desume incontrovertibilmente dalla relazione al decreto legislativo del 19 gennaio 2017 n. 6 (di cui al comma 28, lettera c), ove può riscontrarsi “la legge contiene una norma precettiva circa il riferimento di ogni disposizione, afferente al matrimonio ed al coniuge, alla costituzione dell'unione civile e alla parte della stessa con l'effetto di una equiparazione agli effetti

e delle convivenze, Torino, 2016; B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016; G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2016; G. CASABURI - I. GRIMALDI (a cura di), *Unioni civili e convivenze*, Pisa, 2016; E. CALÒ, *Le unioni civili in Italia*, Napoli, 2016; G. Savi, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso*, Perugia, 2016.

⁹ A. SCHILLACI, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale, dopo il voto del Senato*, in www.articolo29.it, AA.VV., *Unioni Civili e convivenze. Guida commentata alla Legge 20 maggio 2016 n. 76*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016, p. 41; B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, cit., p. 210 e ss.; G. CASABURI - I. GRIMALDI, *Unioni civili e convivenze. Legge 20 maggio 2016 n. 76. Lettura operativa e possibili soluzioni*, cit., p. 76 e ss.

¹⁰ La previsione contenuta nell'originario articolo 3 prevedeva un rinvio generalizzato a tutte le disposizioni in materia matrimoniale con la sola eccezione dell'adozione congiunta di cui all'articolo 6 della legge 4 maggio 1983 n.184 sulle adozioni. La prima formulazione dell'articolo 3 del testo unificato del luglio 2014 statuiva: “copia norma vecchia”.

¹¹ A. SCHILLACI, *op cit.*, p. 3 ss.; G. FERRANDO, *Le unioni civili. Prime impressioni sulla riforma*, in www.Articolo29.it.

¹² M. GATTUSO, *La clausola generale di equivalenza nel contesto normativo*, in *Unione civile e convivenza, commento alla l. 20 maggio 2016 n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017 nn. 5, 6, 7 e al d.m 27 febbraio 2017*, a cura di G. BUFFONE, M. GATTUSO, M. M WINKLER, Varese, 2017, p. 223 ss.



civili, tributari, amministrativi, giuslavoristici, tale da non necessitare di alcuna specificazione in sede di delega *ex* articolo 28 lettera c”¹³.

Del resto, l’applicabilità immediata delle norme richiamate in forza del comma 20 è stata riconosciuta in tutte le prime decisioni intervenute *in subiecta materia*. La stessa giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che il citato comma sia munito di un’automatica efficacia etero-integratrice delle previsioni regolamentari originariamente pensate per il solo istituto del matrimonio, nel senso che tali norme devono ora intendersi automaticamente estensibili e applicabili anche all’istituto delle unioni civili pur senza la necessità di un’apposita ed espressa modifica¹⁴. Al pari, la Suprema Corte, in tema di pensioni di reversibilità, ha rilevato che tale beneficio, escluso per il convivente *more uxorio* superstite, si estenda al membro dell’unione per effetto “dell’ampia previsione dei trattamenti riconosciuti al comma 20 dell’articolo 1 alla parte dell’unione civile disciplinata nelle forme previste dalla stessa legge”¹⁵.

Senz’altro l’ambito di applicazione della clausola di equivalenza va valutato avendo anche riguardo alla portata che intende attribuirsi all’incipit del comma in esame, in forza del quale l’equivalenza è imposta “al solo fine di assicurare l’effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall’unione”. Si ritiene che il citato dettame rappresenti una mera enunciazione dell’obiettivo perseguito dalla clausola generale, volta a rimarcare la distinzione tra matrimonio ed unioni civili. Il primo resta istituto riservato alle coppie eterosessuali e sottoposto all’egida dell’articolo 29 della Costituzione, mentre le unioni sono destinate alle persone del medesimo sesso, quali formazioni sociali riconosciute ai sensi e per gli effetti dell’articolo 2 della Costituzione.

Dunque, sembra potersi sostenere che il richiamo all’esercizio dei diritti e all’adempimento dei doveri conduca ad una sostanziale irrilevanza giuridica dell’inciso, ossia esso svolgerebbe una funzione pleonastica, incapace di produrre alcuna conseguenza riduttiva della clausola di equivalenza¹⁶.

Come anticipato, per effetto del secondo capoverso del comma 20, la clausola di equivalenza non si estende alle norme del codice civile non espressamente richiamate ed a quelle riferite al coniuge nella legge sull’adozione. In altri termini, viene in tal modo introdotto un chiaro discrimine tra le disposizioni interne ed esterne al codice civile. La *ratio* sottesa a tale distinzione sembrerebbe risiedere nella volontà di selezionare le norme del codi-

¹³ In conformità alle delega contenuta nella lettera c del comma 28, il decreto legislativo n. 6 del 19 gennaio 2017 modifica alcune disposizioni del codice penale e del codice di procedura penale allo scopo di renderle compatibili con il nuovo istituto dell’unione civile. Relazione governativa, scaricabile in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

¹⁴ Tar, Lombardia, sezione di Brescia, del 29 dicembre 2016, in www.articolo29.it, con nota di M. GATTUSO.

¹⁵ Cass. civ., sez. lav., 3 novembre 2016, n. 22318, in www.soleventiquattrore.it.

¹⁶ G. CASABURI, *Convivenze e unioni civili: una prima lettura della nuova legge*, in www.Questionegiustizia.it, 17 maggio 2016, ritiene che “l’inciso iniziale - introdotto in sede parlamentare. verosimilmente dovrebbe avere la funzione di limitare la portata della clausola, ma così non è: quale che sia stata l’intenzione del legislatore, non vi è nulla di giuridicamente rilevante al di fuori della tutela dei diritti e dell’adempimento dei doveri, oltre tutto nella loro dimensione effettuale”. In tal senso anche G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 1799-1800, il quale ritiene che all’incipit “deve attribuirsi il significato semplicemente pleonastico. Si tratta, cioè, di una vera e propria zeppa inserita per esorcizzare i timori di possibili eccezioni di legittimità costituzionale per un avvicinamento eccessivo dell’unione civile al matrimonio, cui, a ben vedere, va attribuita valenza solo sul piano politico, con l’esclusione di ogni ricaduta sul piano giuridico”. Di diverso avviso L. VIOLINI, per cui la locuzione ai soli scopi dell’esercizio effettivo del diritto introduce qualche ulteriore elemento di differenziazione, audizione di Lorenza Violini, Camera dei deputati, II Commissione, Indagine conoscitiva in merito all’esame della proposta di legge c. 3634, approvata dal Senato, recante la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Resoconto stenografico, Seduta n. 3 di martedì 15 marzo 2016, reperibile in www.articolo29.it.



ce civile da applicare caso per caso. In mancanza, tutte le previsioni codicistiche in materia di matrimonio avrebbero avuto applicazione diretta con il conseguente venir meno delle distinzioni - che il legislatore mira a mantenere - tra matrimonio ed unioni civili.

Vale allora soffermarsi sul fondamento della differenza tra disposizioni interne ed esterne che - a ben riflettere - dovrebbe rinvenirsi nella loro disuguale natura¹⁷. Il codice civile contiene lo statuto interno ed essenziale del matrimonio, ossia la sua costituzione, i rapporti interni, le ipotesi di invalidità e di scioglimento, ovvero profili che il legislatore ha preferito non traslare alle unioni civili, sancendo una disciplina *ad hoc*. Invece, fuori dal campo della filiazione, taluno ha osservato come il riformatore abbia richiamato gran parte delle disposizioni del codice civile attributive di diritti o doveri conseguenti al vincolo matrimoniale¹⁸.

Ad un più attento esame, tuttavia, si coglie che non tutte le norme del codice civile concernenti i doveri dei coniugi, con riguardo soprattutto all'obbligo di fedeltà ed alcuni aspetti patrimoniali tra i membri dell'unione, siano state oggetto di rinvio.

Pertanto, l'esclusione delle regole codicistiche *lato sensu* matrimoniali "non richiamate espressamente nella legge" costituisce uno degli aspetti maggiormente problematici, assegnando così all'interprete il difficile ruolo dell'individuazione dello statuto certo e completo dell'unione civile¹⁹.

In concreto, sono individuabili due posizioni in ordine ai canoni ermeneutici utilizzabili in presenza di vuoti normativi. Tra i primi commentatori vi è chi non ravvisa alcun motivo ostativo al ricorso, in presenza di talune lacune materiali, all'articolo 12 delle disposizioni preliminari²⁰. Infatti, il presunto carattere eccezionale di taluni richiami alle norme del codice civile contenute negli altri commi della legge non sarebbe di per sé sufficiente a limitarne la possibilità, atteso che la *ratio* del comma 20 riposerebbe sull'esigenza di garantire l'eguaglianza dei diritti e doveri conseguenti ai due vincoli, prevedendosi così una forma di diritto comune per i due istituti familiari²¹. In tale prospettiva, l'asse di valutazione sull'ammissibilità della interpretazione analogica dovrebbe reggere sul criterio oggettivo ed immanente alla legge, da cui la volontà di espungere dal rinvio norme riservate esclusivamente al matrimonio inteso come atto e di estendere, invece, anche ai componendi dell'unione i diritti e i doveri conseguenti alla stipula della stessa²². A titolo esemplificativo, non vi sarebbero preclusioni all'estendere, per effetto dell'analogia, all'unione, l'operatività dell'articolo 2539 c.c., che nelle cooperative disciplinate dalle norme sulla società per azioni consente al socio imprenditore individuale di farsi rappresentare nell'assemblea anche dal coniuge²³.

¹⁷ M. GATTUSO, *op cit.*, p. 230.

¹⁸ M. GATTUSO, *op cit.*, p.234; A. SCHILLACI, *In claris non fit interpretatio: unioni civili, pensioni di reversibilità e comma 20*, in www.articolo29.it.

¹⁹ L. PASCUCI, *La costituzione del vincolo di unione civile tra norme di legge, disciplina transitoria e assetto definitivo della materia*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 2, p. 219; v.si anche A. CORDIANO, *Le unioni omoaffettive nell'ordinamento italiano. Troppo poco o.. forse, troppo?*, in www.comparaziopnedirittocivile.it, luglio 2016.

²⁰ M. GATTUSO, *op cit.*, p. 232.

²¹ A. SCHILLACI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili di diritto comparato e tenuta del principio di eguaglianza*, in www.dpce.it, fasc. 3/2016.

²² M. GATTUSO, *op cit.* p. 233.

²³ A. OLIVA, *La disciplina delle unioni civili dopo i decreti attuativi. Aggiornata ai decreti legislativi n. 5/2017, n. 6/2017 e n. 7/2017*, Milano, 2017; G. VASSALLO, *Unioni civili e convivenze di fatto dopo la legge 20 maggio 2016, n. 76*; M. GORGONI, *Unioni civili e convivenze di fatto*, Milano, 2016.



Di diverso avviso coloro che escludono l'applicazione dell'interpretazione analogica, in quanto tale operazione ermeneutica "avrebbe l'effetto di aggirare la previsione dell'articolo 1, comma 20 e con ciò eludere la *voluntas legis* di non equiparare l'unione civile se non quando il legislatore lo abbia espressamente voluto"²⁴. Inoltre – a parere di costoro – l'interpretazione analogica non sarebbe consentita per effetto dell'articolo 14 delle disposizioni preliminari che ne vieta l'applicazione in presenza di leggi eccezionali, posto che le norme sul matrimonio, anche se comunemente ritenute speciali, talvolta predispongono anche una disciplina eccezionale²⁵.

Ma vi è di più, la preclusione del comma 20 avrebbe una portata più ampia rispetto a quella contenuta nell'articolo 14 delle disp. preliminari c.c., "giacché posta non già in relazione alla natura (eventualmente eccezionale) della norma matrimoniale, bensì *ratione materiae*, e cioè per tutte le norme (salve quelle richiamate dalla legge) che si riferiscano al matrimonio"²⁶. In altri termini, si sarebbe escluso - al di fuori di puntuali ed espliciti richiami - la sovrapponibilità dello statuto dell'unione civile al modello matrimoniale e, a monte, la similarità tra unione civile e matrimonio.

Si osserva, tuttavia, che fondare l'esclusione dell'utilizzo dell'analogia sulla base della estesa portata del comma 20 significherebbe riconoscere al legislatore, non solo il potere di escludere una somiglianza o affinità naturalisticamente presente tra l'istituto matrimoniale e quello dell'unione, ma soprattutto di limitare l'impiego di uno degli strumenti di interpretazione previsti dalla legge²⁷.

²⁴ Sulla portata del comma 20° nella sistematica della legge, C. FAROLFI, *Sub art. 1, comma 20, l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di M. SESTA. Escludono la possibilità di un ricorso all'analogia, sia pur diversamente argomentando, G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., pp. 1799-1800; E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, cit., p. 1690; G. DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, cit., p. 111; B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, cit., pp. 209 e 211.

²⁵ Sul significato di norma "eccezionale", N. BOBBIO, *voce Analogia, I) Teoria generale*, in *Noviss. Digesto it.*, I, Torino, 1957, p. 605, che la qualifica come "norma che deroga ad una norma generale (valevole cioè per la generalità dei casi), ovvero che regola un determinato comportamento in modo opposto a quello in cui verrebbe regolato se la norma eccezionale non esistesse"; v. anche G. CARCATERRA, *voce Analogia, I) Teoria generale*, in *Enc. giur.* Treccani, II, Roma, 1988, p. 1 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *voce Analogia*, in *Digesto IV* ed., *Disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 320 ss. Più di recente si veda D. CARUSI, *Ensaio sobre a cegueira. L'analogia come misura del giuridico, Relazione al Convegno su "Arte e limite. La misura del diritto"*, Roma, 16-17 giugno 2011, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 276, il quale contesta che la norma eccezionale sia insuscettibile di applicazione analogica.

²⁶ L. PASUCCI, *La costituzione del vincolo di unione civile tra norme di legge, disciplina transitoria e assetto definitivo della materia*, cit., p. 219.

²⁷ In questa prospettiva sembrano collocarsi G. IORIO, *Costituzione dell'unione civile, impedimenti e altre cause di nullità*, cit., p. 72 ss.; G. CASABURI, *La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, in *Unioni civili e convivenze*, a cura G. CASABURI, cit., p. 58 ss., e ancora ID., *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso nella l. 20 maggio 2016, n. 76*, cit.; in una posizione particolare - sia pur, in definitiva, tendente ad ammettere il ricorso all'*analogia legis* - si pone V. BARBA, *Unione civile e adozione*, cit., p. 381 ss., il quale ritiene che mentre la prima parte del comma 20° "ha, sostanzialmente, generato, senza che l'interprete sia stato costretto a verificarne l'esigenza nel singolo caso, un complesso di norme *prima facie* applicabili, in via immediata e diretta, alle persone che hanno contratto un'unione civile", "la seconda parte del comma 20 serve per impedire che questo stesso meccanismo si estenda alle norme del codice civile e alla legge sull'adozione. Impedisce, cioè, che, in via automatica, il nostro sistema ordinamentale si arricchisca di nuove norme (di contenuto identico a quelle del codice civile e della legge sull'adozione), *prima facie*, applicabili alle persone che hanno contratto un'unione civile. L'assenza di una norma *prima facie* applicabile alle persone unite civilmente non è, però, preclusiva alla possibilità che quella regola, all'esito del procedimento interpretativo, risulti applicabile al caso in via conclusiva".



La soluzione da prediligersi potrebbe allora consistere nel procedere ad una attenta e concreta disamina diretta ad iterare una distinzione tra le ipotesi in cui la mancata regolamentazione è espressione della volontà di sottrarre quella evenienza alla disciplina prevista per i casi espressamente regolati, dalle quelle in cui la mancanza di regolamentazione sia una vera e propria lacuna²⁸.

In buona sostanza, all'interprete spetterebbe il compito di indagare se la mancanza di una disposizione *ad hoc* nella legge sulle unioni civili corrisponda ad una scelta legislativa, consapevole e volontaria, di sottrarre quel determinato aspetto alla disciplina del matrimonio. In tal caso, non potendosi configurare alcuna lacuna, ma una precisa determinazione, sarebbe da escludere il ricorso all'analogia. Ove, invece, l'omesso richiamo ad una norma del codice afferente al matrimonio sia frutto di una dimenticanza del legislatore, non potrebbe rifiutarsi l'impiego dell'analogia, purché siano presenti gli ulteriori presupposti per potervi procedere, ossia la somiglianza giuridica tra il caso omesso e quello regolato, nonché la natura non eccezionale della norma particolare (nella specie, quella matrimoniale) di cui fare estensione.

Giova, nondimeno, osservare che l'utilizzo dell'analogia non rappresenta l'unico canone ermeneutico adoperabile per colmare i vuoti di disciplina della legge 76/16 che si appalesino come autentiche lacune²⁹. L'assenza di una specifica norma che regoli un dato aspetto dell'unione potrebbe infatti essere superata attraverso un'interpretazione sistematica delle norme generali dislocate nell'ordinamento, finalizzata all'individuazione della *regula juris* da applicare al caso concreto³⁰.

Infine, in presenza di lacune non colmabili se con il ricorso ad una norma matrimoniale non richiamata dalla legge, detta "estensione potrebbe comunque ritenersi ammessa - al di fuori di qualsivoglia necessità di ricorso allo strumento dell'analogia - in una prospettiva costituzionalmente orientata *ex art. 3 Cost.* - peraltro richiamato dallo stesso art. 1, comma 1°, della legge -, nella misura in cui si ponga la necessità di rivendicare, in specifiche situazioni, un trattamento omogeneo a quello assicurato dall'ordinamento alla coppia coniugata"³¹.

3. La disciplina dei rapporti patrimoniali all'interno delle unioni civili è quasi interamente modellata su quella del matrimonio³².

²⁸ Sul concetto di "lacuna" v. R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Comm. Scialoja-Brancati*, Bologna-Roma, 1974, p. 269 ss.

²⁹ N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011; P. FEMIA, *Applicare il diritto al caos. Teoria riflessiva delle fonti e unità dell'ordine*, in *Diritto privato comunitario*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 2009, p. 89 ss.

³⁰ G. ZACCARIA, voce *Interpretazione della legge*, in *Enc. dir., Ann.*, V, 2012; sui canoni dell'interpretazione sistematica e sui tipi di essa v. si diffusamente G. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, p. 65 ss.

³¹ Sulla portata del richiamo del legislatore agli artt. 2 e 3 Cost. cfr. M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, cit., p. 884; L. BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, in *www.giustiziacivile.com*, editoriale del 20 aprile 2016, p. 4; G. DE CRISTOFARO, *op cit.*, p. 345; P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, cit., p. 845 ss.; V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 848 ss.

³² G. CASABURI, *Il disegno di legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso: verso il difficile, ma obbligato riconoscimento giuridico dei legami omosessuali*, in *Foro it.*, 2016, V, c. 11; parla di "matrimonializzazione" del nuovo istituto delle unioni civili, osservando al riguardo che "il legislatore... continua a far ricorso, a mani basse, alla tecnica del rinvio alla disciplina del matrimonio. Il dato più eclatante è l'applicazione, pressoché integrale, delle disposizioni in tema di regime patrimoniale della famiglia, di cui al libro I, titolo VI, capo VI, c.c.: sono richiamate tutte le sezioni, esclusa la I, di cui, però, sono specificamente richiamati tutti gli articoli. Si tratta, in concreto, dell'effetto di maggior rilievo ed impatto pratico, anche nei confronti dei terzi, della costituzione dell'unione civile". Anche C. VENUTI, *La disciplina dei rapporti*



Il comma 13 recita: “il regime patrimoniale dell’unione civile tra persone dello stesso sesso, in mancanza di diversa convenzione patrimoniale, è costituito dalla comunione dei beni. In materia di forma, modifica, simulazione e capacità per la stipula delle convenzioni patrimoniali si applicano gli articoli 162, 163, 164 e 166 del codice civile. Le parti non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto dell’unione civile. Si applicano le disposizioni di cui alle sezioni II, III, IV, V e VI del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile”.

3.1. La regola generale dettata per le unioni civili, al pari del matrimonio, è quella secondo cui, salva diversa pattuizione, anche ai membri dell’unione si applica il regime ordinario di comunione legale, fondato sulla cogestione e contitolarità degli acquisti.

Vale allora rimarcare come la comunione legale diverga dalla comunione ordinaria di beni, dato che ciascun coniuge è solidalmente titolare dell’intero patrimonio e non di una quota ideale dello stesso. Sul punto si rammenta l’ormai storica sentenza della Corte Costituzionale 17 marzo 1988 n. 311, con cui il Giudice delle leggi ha chiarito che all’interno della comunione “la quota non è elemento strutturale, ma ha soltanto la funzione di stabilire la misura entro cui i beni della comunione possono essere aggrediti dai creditori particolari (articolo 189 c.c.), la misura della responsabilità sussidiaria di ciascuno dei coniugi con i propri beni verso i creditori della comunione, (articolo 190 c.c.), la proporzione in cui, sciolta la comunione, l’attivo e il passivo debbano essere ripartiti tra i coniugi o i loro eredi (articolo 194 c.c.)”³³.

In ordine all’oggetto della comunione, ossia i beni che sono assoggettati al relativo regime, per effetto dell’articolo 177 c.c., si distingue tra comunione attuale e comunione *de residuo*. Più specificatamente la comunione attuale include gli acquisti compiuti insieme o separatamente durante il matrimonio, quindi per quanto qui interessa in costanza dell’unione, ad esclusione di quelli relativi ai beni personali, nonché l’azienda gestita da entrambi, se costituita o acquistata dopo, oppure solo gli utili e gli incrementi se detta azienda apparteneva ad uno dei coniugi ovvero dei componenti dell’unione anteriormente al vincolo che li lega (art. 177, lett. a e d, c.c.). La comunione *de residuo*, invece, comprende i frutti dei beni propri ed i proventi dell’attività separata di ciascuno se, allo scioglimento della comunione, non siano stati consumati (art. 177, lett. b e c, c.c.). Essa, inoltre, include i beni destinati all’esercizio dell’impresa di uno dei coniugi costituita dopo il matrimonio e gli incrementi dell’impresa realizzata anche precedentemente se sussistono al momento dello scioglimento di questa (art. 178 c.c.).

Non può tuttavia trascurarsi che l’elencazione dei beni comuni e personali risulta per alcuni versi imprecisa ed incerta, per cui anche per le unioni spetterà alla lente sapiente

patrimoniali nel d.d.l. Cirinnà, in F. ROMEO - C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali, riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 994, ritiene che a proposito delle unioni civili “per quanto concerne il regime patrimoniale, il suggello di giuridicità si traduce nell’equiparazione alle coppie unite in matrimonio”. Del resto, come sottolinea G. IORIO, *Il disegno di legge sulle «unioni civili» e sulle «convivenze di fatto»: appunti e proposte sui lavori in corso*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 5 (settembre-ottobre 2015), p. 1014, l’idea di fondo che ispirava il disegno di legge era quella di “assimilare, sotto molteplici aspetti, le unioni civili all’attuale istituto del matrimonio”. In dottrina, sul regime patrimoniale delle unioni civili alla luce dell’introdotta normativa, G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in M. BLASI - R. CAMPIONE - A. FIGONE - F. MECENATE - G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016 n. 76*, Torino, 2016, p. 30-58.

³³ Corte cost., 17 marzo 1988 n. 311, in *Foro it.*, vol. 113, parte prima: giurisprudenza costituzionale e civile (1990), c. 2145/2146-2149/2150.



dell'interprete individuare concretamente in quale categoria rientrino gli incrementi patrimoniali non espressamente contemplati dalle norme del codice. In particolare, sono sorte non poche incertezze circa l'effettivo significato del termine acquisto, ossia se con esso l'articolo 177 c.c. faccia riferimento ai soli acquisti a titolo derivativo o possano includersi anche quelli a titolo originario. Dopo un'iniziale reticenza, la tesi prevalente oggi ritiene che non sia da escludersi *in nuce* che gli acquisti dei beni che cadranno in comunione potranno avvenire a titolo originario, in presenza, tuttavia, di opportuni accorgimenti e temperamenti³⁴.

Nell'ambito degli acquisti a titolo originario, occorre distinguere quelli che sono caratterizzati da un fenomeno di c.d. attrazione reale, vale a dire "quelli che operano *ipso jure* in forza di un particolare rapporto che lega il bene acquisito al bene che lo attrae (es. accessione)"³⁵, da quelli che sono fondati sul fenomeno di attrazione personale, che presuppone un comportamento attivo necessario per l'apprensione del bene (usucapione, occupazione, invenzione). Soltanto la prima tipologia di acquisti, ossia quelli legati al fenomeno dell'attrazione reale, sono in radice esclusi dalla comunione, perché dalla lettura dell'articolo 177 c.c. e nel dettaglio dall'utilizzo del verbo compiere, è presupposto un *facere* da parte del soggetto acquirente.

Orbene, non sorgono particolari problematiche nel sostenere che questa *summa divisio* tra acquisti a titolo originario per attrazione reale e per attrazione personale, possa essere estesa anche alla comunione intercorrente tra i costituenti l'unione, a fronte dell'esplicito richiamo contenuto nel comma 13 all'integrale disciplina sulla comunione legale. E' quindi plausibile estendere anche alle unioni civili le conclusioni a cui è giunta la giurisprudenza di legittimità sulla eventuale possibilità di qualificare come acquisto che cade immediatamente sotto il regime della comunione *ex* articolo 177, lettera a c.c., la costruzione realizzata con materiale o denaro di un coniuge, ma edificata su fondo di proprietà esclusiva dell'altro. La Suprema Corte ha assunto un atteggiamento preclusivo, ritenendo che in tali casi operi la disciplina dettata in tema di accessione, per cui, in ossequio alla portata generale del meccanismo di attrazione reale che può, a norma dell'articolo 934 c.c., essere derogato soltanto dal titolo o dalla legge, il bene edificato resterà nell'esclusiva disponibilità del coniuge proprietario del fondo³⁶. Sono state, di converso, manifestate maggiori aperture circa la qualificazione di taluni diritti di credito vantati da uno solo dei coniugi in costanza di matrimonio come acquisti *ex* articolo 177 c.c. Gli Ermellini, superando la netta chiusura manifestata ini-

³⁴ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, p. 376; S. TONDO, *Gli acquisti originari nel regime di comunione legale*, in *Foro it.*, 1981, c. 161.; B. MEOLI, *La comunione legale: natura, caratteri ed oggetto*, in *Il diritto di Famiglia nella Dottrina e nella Giurisprudenza, Trattato Teorico-Pratico*, a cura di G. AUTORINO STANZIONE, vol. III, cit., p. 182 e ss.; G. GABRIELLI - M. G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, p. 33; S. TONDO, *Gli acquisti originari nel regime di comunione legale*, in *Foro it.*, 1981, V, c. 161.

³⁵ M. SANTISE, *Coordinante ermeneutiche di diritto civile*, Napoli, 2017, p. 66; V. DE PAOLA - G. GUIDOCCIO, *Nuovi profili in tema di acquisti per accessione e comunione legale*, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 24; M. L. CENNI, *Operatività dell'accessione nella comunione legale*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 558.

³⁶ Cass. civ., 11 giugno 1991 n. 6622, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 763; Cass. civ., 16 febbraio 1993 n. 1921, in *Giur. it.* 1993, I, 1, c. 1902; Cass. civ., 25 novembre 1993 n. 11663, in *Giur. it.*, 1994, I, c. 1512. Sul punto si rinvia A. CECCHERINI, *Comunione legale, accessione e proprietà dei materiali di costruzione*, in *Fam e dir.*, 1996, p. 220; F. PARENTE, *Le Sezioni Unite imputano al patrimonio personale la costruzione realizzata sul suolo del coniuge durante la comunione legale*, in *Dir. fam.*, 1997, p. 114; in chiave critica E. QUADRI, in *nota a Cass. 27 gennaio 1996 n. 651*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 558; T. AULETTA, *Accessione e comunione legale: ancora una pronuncia della suprema corte a favore del proprietario del suolo*, in *Giust. civ.*, 1998, p. 2831.



zialmente³⁷, hanno consentito, in presenza di determinate condizioni, l'ingresso dei diritti di credito nella comunione. Pertanto, rientrano nella comunione legale i titoli obbligazionari, quelli azionari, nonché le quote, i fondi d'investimento acquistati dal coniuge come proventi della propria attività professionale, ed in particolare "l'acquisto di obbligazioni societarie, comportando l'impiego del denaro, provento dell'attività personale e separata di uno dei coniugi, in un bene giuridico costituente una forma di investimento, trasforma il provento dell'attività separata in un *quid alii* che, secondo la regola generale posta dall'articolo 117, comma 1, lettera a), per tutti gli acquisti compiuti da ciascun coniuge in regime di comunione legale con i proventi della propria attività, entra a far parte della comunione legale immediata e non della comunione *de residuo* ai sensi dell'articolo 177 c.c., comma 1, lettera c"³⁸. Ne consegue che cadranno in comunione soltanto i diritti di credito che rechino il carattere della strumentalità, risolvendosi in investimenti e non i meri mezzi strumentali all'acquisto di diritti reali³⁹.

3.2. Come anticipato, ferma l'inderogabilità pattizia dei diritti e dei doveri previsti dalla legge per effetto dell'unione civile (art.1, commi 11 e 12), anche ai membri della stessa è lasciata ampia libertà sulla scelta del regime patrimoniale da prediligere (art. 1, comma 13). Dunque, è consentito regolare i propri rapporti patrimoniali mediante la stipula di una convenzione patrimoniale, la quale, nonostante il *nomen juris* adoperato dal riformatore del 201640, è assoggettata alla disciplina sostanziale prevista per le convenzioni matrimoniali.

Orbene, atteso l'esplicito rinvio all'articolo 162 c.c., i componenti dell'unione possono stipulare la convenzione in ogni tempo, fatte salve le disposizioni dell'articolo 194 c.c. Inoltre, è prescritto il medesimo rigore formale richiesto per le convenzioni matrimoniali. In questo senso, anche le convenzioni tra i costituenti dell'unione dovranno essere stipulate per atto pubblico dinnanzi al notaio o al pubblico ufficiale, a pena di nullità. Parimenti, alle convenzioni patrimoniali possono estendersi le valutazioni svolte da attenta dottrina sulla forma da prescegliersi per quelle matrimoniali, e segnatamente quella dell'atto pubblico rogato da notaio⁴¹.

A tale conclusione si perviene ponendo l'accento al regime dell'opponibilità prescritto al 4° comma dell'articolo 162 c.c. La norma, infatti, elenca tra gli elementi che devono essere annotati al margine dell'atto di matrimonio, a pena di inopponibilità della convenzione nei confronti dei terzi, oltre alla data del contratto e alle generalità dei contraenti, anche il notaio rogante.

³⁷ Cass. civ., 18 febbraio 1999, n. 1363, in *Vita notar.*, 2000, p. 162; Cass. civ., 9 luglio 1994, n. 6493, in *Riv. giur. edil.*, 1995, I, p. 114; Cass. civ., 27 gennaio 1995, n. 987, in *Vita notar.*, 1996, p. 237. Per una diffusa trattazione del tema vedasi M. SANTISE, *op. cit.*, p. 70; B. MEOLI, *La comunione legale: natura, caratteri ed oggetto*, cit., p. 182 e ss.

³⁸ Cass. civ., 23 settembre 1997, n. 9355, in *Riv. notariato*, 1999, p. 670; Cass. civ., 15 gennaio 2009, n. 799, in *Vita not.*, 2009, I, p. 333; Cass. civ., 15 giugno 2012, n. 9845, in *Mass. giust. civ.*, 2012, 6, p. 799.

³⁹ M. SANTISE, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁰ In chiave critica si pone G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., p. 33, affermando: "Il (piuttosto penoso, va detto) tentativo di sostituire l'espressione "convenzione matrimoniale" con quella "convenzione patrimoniale", con giochetti di prestidigitazione linguistica, quasi evocanti sciarade da "Settimana Enigmistica", riesce, a ben vedere, solo in parte: gli artt. 162, 163 e 164 c.c., espressamente richiamati, contengono la terminologia incriminata (talora addirittura nella rubrica), mentre l'art. 166 c.c. racchiude niente di meno che la "perla" ottocentesca del "contratto di matrimonio".

⁴¹ G. OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, in *Fam. e dir.*, 1995, 6, p. 596; A. SATURNO, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Il diritto di Famiglia nella Dottrina e nella Giurisprudenza, Trattato Teorico-Pratico*, a cura di G. AUTORINO STANZIONE, vol. III, cit., p. 63 ss.



Di certo, la regola dell'atto pubblico notarile soffre di almeno un'eccezione, costituita dalla "scelta del regime di separazione" che, ai sensi del capoverso dell'art. 162 c.c., "può anche essere dichiarata nell'atto di celebrazione del matrimonio".

Siffatto formalismo è prescritto anche in sede di modifica della convenzione, la quale può avvenire soltanto con il consenso di tutte le persone che ne sono state parti. Giova allora ricordare il capoverso dell'art. 163 c.c. a tenore del quale "se uno dei coniugi muore dopo avere consentito con atto pubblico alla modifica delle convenzioni, questa produce i suoi effetti se le altre parti esprimono anche successivamente il loro consenso, salva l'omologazione del giudice. L'omologazione può essere chiesta da tutte le persone che hanno partecipato alla modificazione delle convenzioni o dai loro eredi".

L'omologazione, a parere di accorta dottrina⁴², avrebbe la funzione di tutelare gli interessi degli eredi del coniuge defunto, vincolati dalla sua proposta, sicché si ritiene che l'eventuale procedimento avviato avrà carattere contenzioso, e non camerale come da taluno osservato⁴³.

La modifica della convenzione è istituto differente, ma collegato alla modifica convenzionale alla comunione legale dei beni, prevista dall'articolo 210 c.c. La prima, infatti, non determina necessariamente il mutamento del regime patrimoniale prescelto, potendo, piuttosto, riguardare un aspetto patrimoniale che si intende risolvere diversamente; la seconda, invece, comporta sin dall'inizio un cambiamento nella scelta del regime. Pertanto, ai sensi dell'articolo 210 c.c. in combinato disposto con il comma 13, i membri dell'unione potranno modificare convenzionalmente la comunione legale, ad esempio, estendendola a taluni beni particolari, purché non si tratti di quelli indicati nelle lettere c, d ed e dell'articolo 179 c.c.

Ulteriore preclusione riguarda l'inderogabilità delle previsioni relative all'amministrazione dei beni della comunione e all'eguaglianza delle quote limitatamente ai beni che formerebbero oggetto della comunione legale.

Come avviene per le convenzioni matrimoniali, anche quelle stipulate nell'ambito dell'unione civile possono essere oggetto di simulazione. In argomento, il richiamo all'articolo 164 c.c. comporta i medesimi tentennamenti esegetici circa l'individuazione dei mezzi con i quali ai terzi (in genere creditori o aventi causa a titolo particolare) è consentita fornire prova dell'avvenuta simulazione, poiché le controdedichiarazioni potranno essere opposte soltanto se fatte con la presenza e con il simultaneo consenso di tutte le parti della convenzione. La *ratio* di tale limitazione risiederebbe nella prevalenza degli interessi del gruppo familiare rispetto a quelli individuali dei singoli contraenti⁴⁴. E proprio in virtù di siffatta argomentazione che viene dissipata l'incertezza inerente l'inoperatività della deroga *ex* articolo 1417 c.c. nel caso in cui la domanda della simulazione sia proposta da una delle parti, propendendosi per l'applicazione del comma 2 articolo 164 c.c.⁴⁵.

Né può poi essere taciuto il profilo della capacità; le convenzioni matrimoniali, avendo anche natura di atti di disposizione patrimoniale, presuppongono che le parti siano dotate di capacità d'agire. Il codice dedica a questo aspetto due distinte norme: articoli 165 e 166 c.c. La prima, occupandosi della posizione del minore, stabilisce che "il minore ammes-

⁴² F. CORSI, *op. cit.*, p. 37 ss.

⁴³ A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, p.776; V. DE PAOLA, *op. cit.*, p. 182 ss.

⁴⁴ L.V. MOSCARINI, *Convenzioni matrimoniali in genere*, in *La comunione legale*, a cura di C.M. BIANCA, II, Milano, 1989, p. 1027 ss.

⁴⁵ L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 1027 ss.



so a contrarre matrimonio è pure capace di prestare il consenso per tutte le relative convenzioni matrimoniali, le quali sono valide se egli è assistito dai genitori esercenti la responsabilità genitoriale su di lui o dal tutore o dal curatore speciale nominato a norma dell'art. 90". Viene riprodotto in buona sostanza l'antico brocardo "*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*"⁴⁶. Al minore ammesso a contrarre matrimonio, anche se non ancora emancipato, è consentito manifestare la propria volontà sul regime patrimoniale che intende adottare con l'assistenza dei genitori, ovvero di curatore speciale o tutore, senza l'autorizzazione giudiziale⁴⁷. Per vero, vi è chi ritiene, di converso, che esisterebbe una vera e propria inidoneità assoluta del minore a divenire titolare dei rapporti giuridici in questione⁴⁸, perché, trattandosi di atti personalissimi, non potrebbero essere compiuti né dal genitore, né dal tutore⁴⁹.

Inoltre, si discute se il minore possa, al pari dell'inabilitato, nonostante la mancata previsione nell'articolo 165, includere all'interno della convezione atti di liberalità. La tesi prevalente propende per la possibilità dell'inserimento di una donazione all'interno della convezione matrimoniale, adducendo una duplice motivazione. In primo luogo, viene richiamato l'articolo 774 c.c. che consente espressamente sia al minore che all'inabilitato la stipula di donazioni "nel contratto di matrimonio, a norma degli articoli 165 e 166 c.c."⁵⁰. Indi, viene valorizzata la plausibilità di una interpretazione estensiva della locuzione "tutte le relative convenzioni" contenuta nell'articolo 165 c.c., tale da consentire l'ingresso delle donazioni nel contratto di matrimonio, a condizione che tali atti di liberalità siano collegati alle future nozze e che il contratto di matrimonio abbia come contenuto principale la previsione del regime patrimoniale. Ne consegue, dunque, l'impossibilità per il minore di stipulare donazioni obnuziali con atto distinto e separato, per effetto dei divieti previsti dagli articoli 774 e 777 c.c.⁵¹.

Occorre precisare che le osservazioni svolte in merito alla posizione del minore non sono estensibili alle unioni civili, in quanto il riformatore non richiama l'articolo 165, né l'articolo 84 c.c. Proprio l'esclusione da ultimo menzionata ha destato non poche perplessità a tal punto da spingere taluno a paventare un problema di costituzionalità, non riuscendosi ad individuare la ragione per cui ad un soggetto ultra sedicenne, dotato di maturità psicofisica ed in presenza dei gravi motivi, dovrebbe essere consentita la celebrazione delle nozze, ma non la stipula dell'unione civile⁵².

⁴⁶ G. OBERTO, *ul. op. cit.*, p. 620.

⁴⁷ F. CORSI, *op. cit.*, p. 12; R. SACCO, *Regime patrimoniale e convenzioni, nel Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. CARRARO, G. OPPO e A. TRABUCCHI, Padova, 1976, p. 341; E. RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, p. 155. Sull'interesse del minore elevato a parametro valutativo per la tutela giuridica dello stesso sia consentito il rinvio a P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975; ID., *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, p. 260; ID., G. SCIANCALEPORE, *Minori e diritti fondamentali*, Milano, 2006, p. 45 ss.

⁴⁸ M. CANNIZZO, *Le convenzioni matrimoniali e gli incapaci*, in *Vita not.*, 1993, p. 1008.

⁴⁹ G. DE RUBERTIS, *Le convenzioni matrimoniali nel nuovo diritto di famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 1976, p. 1294; E. SACCO, *op. cit.*, p. 341; L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 1008.

⁵⁰ Di diverso avviso F. CORSI, *op. cit.*, p. 13, il quale, muovendo dal rilievo che le donazioni tra coniugi, comprese quelle obnuziali, non possono essere assimilate alle convenzioni matrimoniali (cui fa ora riferimento l'art. 165) ritiene che la modifica apportata alla norma in commento abbia carattere sostanziale ed esclude, per conseguenza, che il minore, diversamente dall'inabilitato, possa compiere nel suo contratto di matrimonio liberalità.

⁵¹ A. D'ANTONIO, *Convenzioni matrimoniali, donazioni e capacità del minore nel disposto dell'art. 165 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 657 ss.

⁵² G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., p. 53.



L'articolo 166 c.c. recita "per la validità delle stipulazioni e delle donazioni, fatte nel contratto di matrimonio dall'inabilitato o da colui contro il quale è stato promosso giudizio di inabilitazione, è necessaria l'assistenza del curatore già nominato. Se questi non è stato ancora nominato, si provvede alla nomina di un curatore speciale".

La norma si occupa tanto della situazione dell'inabilitato, che di quella del soggetto contro cui sia stata proposta domanda di inabilitazione. In relazione all'inabilitato, si ritiene che la stipula della convenzione non sia subordinata all'autorizzazione del giudice, essendo sufficiente la nomina del curatore⁵³. Nel caso in cui la convenzione venga stipulata successivamente alle nozze e alla pronuncia di inabilitazione, onde evitare possibili conflitti di interesse, qualora, come di consueto accade, il curatore sia il coniuge, il giudice tutelare, o in mancanza il presidente del tribunale, provvederà alla nomina di un curatore speciale⁵⁴.

Ove, di converso, sia pendente il giudizio di inabilitazione, la norma deroga a quanto stabilito dall'articolo 427 c.p.c, che contempla la nomina di un curatore provvisorio, sempre che vi sia alta probabilità che venga pronunciata l'inabilitazione⁵⁵.

Per quanto riguarda l'interdetto per infermità di mente, non vi sono disposizioni che consentano al tutore di sostituirsi all'infermo in sede di scelta del regime patrimoniale. Il silenzio del legislatore, a parare di molti, è da intendersi come conferma della natura anche strettamente personale della convezione patrimoniale⁵⁶. Con precipuo riferimento all'interdicendo, relativamente alla fase di pendenza del giudizio anteriormente alla eventuale nomina di un tutore provvisorio, si discute se sia analogicamente applicabile la regola detta dal 166 c.c. La posizione dominante nega tale possibilità, a fronte della natura eccezionale delle disposizioni in tema di capacità⁵⁷.

In relazione alla posizione dell'interdetto legale, non vi è univocità di vedute. In ogni caso, si ritiene che tale soggetto, potendo liberamente contrarre matrimonio, debba essere ammesso alla stipula di convenzioni matrimoniali, e, che egli, in considerazione del carattere personale, possa stipularle senza dover ricorrere ad alcuna forma di rappresentanza o di assistenza⁵⁸.

Quanto descritto può essere traslato anche alle convenzioni patrimoniali stipulate dai membri dell'unione. Al pari, può ritenersi accordata la possibilità di stipulare convenzioni atipiche. Infatti, eccetto isolate voci fuori coro⁵⁹, sono riconosciute le convenzioni atipiche, disciplinate dagli accordi tra le parti, con il rispetto dei limiti posti dalle norme inderogabili

⁵³ F. D. BUSNELLI, voce "Convenzione matrimoniale", in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 525 ss.; R. SACCO, *Del regime patrimoniale della famiglia. Le convenzioni matrimoniali*, in *Comm. dir. it. fam. Cian-Oppo-Trabucchi*, III, Padova, 1992, p. 42 ss.

⁵⁴ V. DE PAOLA, *op. cit.*, p. 87.

⁵⁵ G. GABRIELLI, *Infermità mentale e rapporti patrimoniali familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 532.

⁵⁶ A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 786; M. CANNIZZO, *op. cit.*, p. 1009.

⁵⁷ M. CANNIZZO, *op. cit.*, p. 1010 ss.

⁵⁸ F. SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario del codice civile*, a cura di AA.VV., Torino, 1983, p. 109.; F. CORSI, *op. cit.*, p. 15; A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 787; M. CANNIZZO, *op. cit.*, p. 1011; V. DE PAOLA, *op. cit.*, p. 96 ss., "sarebbe preclusa la stipula di convenzioni dispositive - vale a dire di quelle che incidono su di un regime mediante apporto o esclusione di determinati beni - mentre sarebbe ammessa quella di convenzioni programmatiche, che non rientrerebbero nel disposto dell'art. 32 c.p. e che al pari degli altri atti di natura personale e familiare l'interdetto legale potrebbe stipulare di persona".

⁵⁹ G. TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, Torino, 1978, p. 210 ss.



ed in particolare di quelli fissati dagli articoli 160, 161, 162, terzo comma, 166 - *bis*, 210, terzo comma, c.c.⁶⁰.

3.3. In un'ottica di equiparazione dei modelli familiari, il legislatore del 2016, richiamando la sezione II, titolo IV, del codice civile, ha previsto che i membri dell'unione possano costituire un fondo patrimoniale, ossia un negozio di destinazione patrimoniale costituito da quel complesso di beni deputati a far fronte ai bisogni familiari ed assoggettati ad un vincolo di indisponibilità reale⁶¹.

La scelta degli uniti, al pari dei coniugi, di costituire un fondo patrimoniale non si pone come alternativa al regime di comunione legale, ma, a differenza degli altri regimi convenzionali, può alla stessa affiancarsi. Il fondo può essere costituito dai componenti dell'unione o da un terzo, nella forma dell'atto pubblico o per testamento. Trattandosi di una convenzione matrimoniale, l'atto costitutivo è assoggettato al regime di trascrizione in forza del combinato disposto degli articoli 2647, 2653, comma 3 c.c.

Indipendentemente da chi vanti il titolo di proprietà su beni oggetto del vincolo di destinazione (entrambi o il singolo unito o piuttosto il terzo), l'amministrazione degli stessi è assoggettata al regime della comunione legale, le cui norme sono espressamente richiamate dall'articolo 168, 3° comma, c.c.

In assenza di figli minori non è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare per il compimento degli atti di disposizione sui beni oggetto del fondo, né tantomeno l'obbligo di rimpiego, di converso, in presenza dei minori, gli atti dispositivi saranno consentiti nei limiti e secondo le modalità prescritte dall'articolo 169 c.c. L'estinzione del fondo si verifica nel caso di annullamento, di scioglimento e di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Sembra possibile affermare che, nel caso di unione civile, il fondo si estinguerà con lo scioglimento dell'unione, e, in ogni caso, le parti potranno rivolgersi al giudice per ottenere indicazioni sulle modalità di amministrazione del fondo.

L'introduzione dell'articolo 2645-*ter* c.c.⁶² ha acceso il dibattito dottrinale circa le possibili interferenze di questo istituto di recente conio sulla disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi.

La norma sopra richiamata dispone "gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o

⁶⁰ F. BUSNELLI, voce "Convenzione matrimoniale", cit., p. 515; F. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, p. 12; F. CORSI, *op. cit.*, p. 8 ss.; G. GABRIELLI, *Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi, esclusione della comunione di singoli beni e rifiuto preventivo del coacquisto*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 349. E. RUSSO, *op. cit.*, p. 166.

⁶¹ Sulla natura giuridica del fondo patrimoniale, caratteristiche e struttura: A. SATURNO, *Il fondo patrimoniale*, in G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, vol. terzo, cit., p. 337 ss.; V. DE PAOLA, *Il fondo patrimoniale*, in *Commentario*, a cura di L. CARRARO, G. OPPO e A. TRABUCCHI, I, Padova, 1992, p. 196; T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1990; P.G. DE MARCHI, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 2005; S. CECCARONI, *Fondo patrimoniale, trust, e patti di famiglia*, Milano, 2016; A. FERRARI, *Fondo Patrimoniale e trust familiare*, Milano, 2017.

⁶² L'articolo in esame è stato introdotto dall'articolo 39 - *novies* della l. 23 febbraio 2006, n. 51, di conversione con modifiche del D.L. 30 dicembre 2005, n. 273, "Recante definizione e proroga di termini, nonché conseguenti disposizioni urgenti. Proroga di termini relativi all'esercizio di deleghe legislative", che è venuto ad introdurre nel nostro ordinamento l'art. 2645 *ter* c.c. In argomento per un'approfondita disamina cfr. G.M. RICCIO, *L'art. 2645 ter del codice civile e la disciplina degli atti di destinazione*, in G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, vol. terzo, cit., p. 695 ss.



ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo”.

Viene così consentito il compimento di atti di destinazione patrimoniale nei confronti di soggetti meritevoli di protezione e tutela, e in favore di enti dediti all'assistenza di tali categorie di soggetti deboli. Ci si è chiesti sul punto se “gli atti di destinazione patrimoniale per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela”, autorizzati dalla citata disposizione, possano costituire una “sorta di succedanei del fondo patrimoniale”⁶³.

Inevitabilmente è necessario un raffronto tra i due istituti. In primo luogo, al fine di assolvere funzioni analoghe a quelle descritte dagli artt. 167 ss. c.c., il vincolo *ex art. 2645-ter c.c.* dovrebbe essere creato dai coniugi o da terzi, a beneficio della famiglia, cioè a dire di quella determinata famiglia costituita dai coniugi e dai figli nati e/o nati.

A norma dell'articolo in esame, la destinazione va necessariamente disposta in favore di soggetti determinati, primi fra tutti persone affette da disabilità – soggetti meritevoli di tutela per eccellenza – nonché enti ed amministrazioni dedite all'assistenza di costoro. Non a caso l'obiettivo è il soddisfacimento di finalità solidaristiche⁶⁴, per cui non vi sarebbe alcuno ostacolo nel ritenere che tra gli enti menzionati dalla norma rientri anche la famiglia, nella sua veste di formazione sociale *ex art. 2 Cost.*

Inoltre, si osserva che l'indicazione della famiglia complessivamente considerata quale beneficiaria del vincolo di destinazione, in luogo dei singoli componenti, eviterebbe il ricorso a non agevoli atti di revoca o modifica, qualora il nucleo familiare dovesse modificarsi.

Ai sensi dell'art. 2645 *ter c.c.* “sarà quindi ipotizzabile la costituzione di un vincolo nell'interesse della famiglia più forte di quello da fondo patrimoniale, per via dell'opponibilità nei confronti di tutti i creditori dei coniugi, anche a prescindere dalla ricorrenza delle condizioni, per così dire, soggettive descritte dall'art. 170 c.c., nonché per la diversa ripartizione dell'*onus probandi* delle condizioni oggettive”⁶⁵.

Orbene, se per espresso riferimento legislativo l'unione costituisce una formazione sociale meritevole di tutela, analogamente alla famiglia, non sono riscontrabili particolari e significative obiezioni per pervenire, anche *in subiecta materia*, alle medesime conclusioni, ossia l'attribuzione ai membri dell'unione della possibilità di costituire un vincolo di destinazione patrimoniale più incisivo del semplice fondo patrimoniale.

3.4. Come è noto, l'istituto dell'impresa familiare è stato introdotto dal legislatore del 1975 al fine di porre un freno alle situazioni di abuso e sfruttamento del lavoro prestato a favore del familiare imprenditore⁶⁶.

⁶³ G. OBERTO, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Fam. e dir.*, 2007, 2, p. 202; v. si altresì G. DE NOVA, *Esegesi dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Atti della giornata di studio organizzata dal Consiglio Nazionale del Notariato*, Roma, 19 giugno 2003, p. 3.

⁶⁴ G. OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contr. impr. Europa*, 2007, 1, p. 229.

⁶⁵ G. OBERTO, *ul. op. cit.*, p. 216.

⁶⁶ L. BALESTRA, *L'impresa familiare*, in *Dir. fam.*, a cura di S. PATTI, M. G. CUBEDDU, Milano, 2011, p. 1019 – 1020; D. APICELLA, *L'impresa familiare*, in G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, vol. terzo, cit., p. 417 ss.



L'obiettivo dell'articolo 230 *bis* c.c. è, pertanto, quella di fornire – in assenza di un diverso rapporto giuridico – un efficace strumento di protezione a vantaggio del lavoro prestato dai familiari, mediante il riconoscimento di una complessa posizione partecipativa, compendiate sia diritti di contenuto patrimoniale che poteri amministrativo-gestori⁶⁷. Infatti, al familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare è riconosciuto il diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia, il diritto di partecipazione agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, in proporzione alla quantità e alla qualità del lavoro prestato. Altresì, gli è riconosciuto il potere di esprimere il voto in ordine alle decisioni riguardanti l'impiego degli utili e degli incrementi, nonché quelli inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa.

Può comprensibilmente affermarsi che il rapporto d'impresa familiare abbia carattere decisamente personale, e ciò, lo si desume dal comma 3 articolo 230 *bis*, ove può leggersi “il diritto di partecipazione di cui al primo comma è intrasferibile, salvo che il trasferimento avvenga a favore di familiari indicati nel comma precedente col consenso di tutti i partecipi. Esso può essere liquidato in danaro alla cessazione, per qualsiasi causa, della prestazione del lavoro, ed altresì in caso di alienazione dell'azienda. Il pagamento può avvenire in più annualità, determinate, in difetto di accordo, dal giudice”.

La natura personale del rapporto incide incontrovertibilmente sulla tutela della posizione lavorativa del collaboratore, essendo riconosciuto a quest'ultimo soltanto il diritto di prelazione.

Il comma 5 dispone “in caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda i partecipi di cui al primo comma hanno diritto di prelazione sull'azienda. Si applica, nei limiti in cui è compatibile, la disposizione dell'art. 732”. La norma è stata oggetto di un acceso dibattito e financo definita da qualcuno un “*rebus nel rebus*”.

Con riferimento ai soggetti attivi, il diritto di prelazione spetta a ciascun familiare, indipendentemente se la prestazione lavorativa sia stata svolta nella famiglia oppure nell'impresa. La *ratio* di tale parificazione del contributo è in linea con i principi posti alla base della riforma del diritto di famiglia, diretta a compiere un'equiparazione della posizione della donna con quella dell'uomo, e, dunque, del lavoro domestico con quello professionale⁶⁸.

Il soggetto passivo è, ovviamente, l'imprenditore titolare dei beni aziendali.

Con riguardo all'oggetto su cui cade l'esercizio del diritto di prelazione, appare chiaro che può riguardare l'azienda e non il diritto di partecipazione, il cui trasferimento è invece regolato dal comma 4, dell'articolo 230 *bis*⁶⁹.

⁶⁷ F. D. BUSNELLI, *La prelazione nell'impresa familiare*, in *Riv. not.*, 1981, p. 810 ss.; L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da G. ALPA-S. PATTI, Padova, 2009, p. 278; ID., *Prelazione nell'impresa familiare e retratto tra tutela del familiare collaboratore e sicurezza nella circolazione dei beni*, in *Fam. e dir.*, 2009, 6, p. 579, secondo il quale nella prelazione di cui all'art. 230 *bis* c.c., può ravvisarsi una duplice anima di prelazione legale, propria e impropria, in quanto rivolta a dirimere il conflitto tra proprietà e attività d'impresa, riconducendo la prima alla seconda.

⁶⁸ M. S. ESPOSITO, *Impresa familiare, trasferimento d'azienda e diritto di prelazione*, in *Corr. giur.*, 2017, 2, p. 215; M. DOGLIOTTI - A. FIGONE, *Impresa familiare: le problematiche più recenti*, in *Fam. e dir.*, 2, 2011, p. 202; L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, cit., p. 281.

⁶⁹ G. OPPO, *Impresa familiare*, cit., p. 507; F. PROSPERI, *Impresa familiare (Art. 230 bis)*, Milano, 2006, p. 286; *contra*, tra gli altri, M.C. ANDRINI, *Impresa familiare*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, XI, Padova, 1989, p. 268.



Si ritiene che il diritto di prelazione possa avere ad oggetto uno o più rami d'azienda, nonché pure singoli beni aziendali, allorquando abbiano una rilevanza tale da identificarsi con l'azienda oppure quando il loro trasferimento comporti una disgregazione funzionale della stessa⁷⁰. Vieppiù, la tesi prevalente, nonostante le perplessità palesate da taluno, sostiene che la prelazione possa riguardare anche quote dell'azienda, quando, a seguito del decesso dell'imprenditore, siano chiamati all'eredità anche i familiari partecipanti all'impresa familiare⁷¹. Per quanto riguarda le modalità di esercizio della prelazione, il comma 5 dell'art. 230 *bis* c.c. si limita a richiamare la disciplina prevista in materia di prelazione ereditaria, di cui all'art. 732 c.c. Pertanto, sull'imprenditore familiare graverà l'onere di notificare la proposta di alienazione ai familiari partecipanti, affinché costoro possano esercitare il proprio diritto entro il termine di due mesi dall'ultima notificazione.

Nel caso in cui il diritto in esame venga esercitato, congiuntamente o disgiuntamente, da più familiari, l'azienda sarà acquistata da tutti in parti uguali. Infatti, non dovranno conteggiarsi gli eventuali utili ed incrementi distribuiti, poiché la liquidazione del diritto di partecipazione rappresenta una vicenda distinta dall'esercizio del diritto di prelazione⁷².

All'esercizio del diritto di prelazione non consegue l'acquisto della qualifica di imprenditore, in quanto ciò si porrebbe in stridente contrasto con le previsioni contenute negli articoli 2082 e 2555 c.c.⁷³.

In ordine all'ambito di applicazione, la dottrina maggioritaria propende per una ricostruzione restrittiva per cui essa dovrà essere riconosciuta unicamente rispetto ai trasferimenti *inter vivos* a titolo oneroso⁷⁴. Per tale motivo si stima come non operante il diritto di prelazione nei casi di donazione dell'azienda; diversamente si tradirebbe l'*animus donandi* del disponente⁷⁵. Al pari non potrà esercitarsi il diritto di prelazione rispetto al trasferimento *mortis causa* dell'azienda, in quanto, in tale caso, non sarebbe possibile individuare il corrispettivo del trasferimento che è elemento necessario per accordare la preferenza nell'acquisto⁷⁶.

Considerato che la prestazione corrispettiva deve essere fungibile, si reputa che il diritto in esame non possa esercitarsi nell'ipotesi di transazione o di permuta realizzata con un bene infungibile⁷⁷. Inoltre, è da escludersi l'esercizio del diritto di prelazione nel caso di conferimento d'azienda, in quanto l'imprenditore non vuole rinunciare all'esercizio dell'azienda, ma soltanto mutare la forma attraverso cui svolgere l'attività⁷⁸.

⁷⁰ L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, cit., p. 281; G. OPPO, *Impresa familiare*, cit., p. 507; F. PROSPERI, *op. cit.*, p. 286; *contra*, tra gli altri, M.C. ANDRINI, *Impresa familiare*, cit., p. 268.

⁷¹ L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, cit., p. 282.

⁷² L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, cit., p. 291, il quale sottolinea come il trasferimento d'azienda, al pari della morte dell'imprenditore, comporta l'immediata cessazione del rapporto d'impresa familiare; F. PROSPERI, *op. cit.*, p. 316; v. anche M. C. ANDRINI, *Impresa familiare*, cit., p. 268 ss.; *contra* F. CORSI, *Il Regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 231.

⁷³ F. PROSPERI, *op. cit.*, p. 311.; L. BALESTRA, *L'impresa familiare*, in F. ANELLI - M. SESTA (a cura di), *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, III, Milano, 2012, p. 903; F. PROSPERI, *op. cit.*, p. 317.

⁷⁴ M. DOGLIOTTI - A. FIGONE, *L'impresa familiare*, cit., p. 735.

⁷⁵ M.C. ANDRINI, *Impresa familiare*, cit., p. 273 ss.

⁷⁶ A. ARENIELLO, *Impresa familiare: la prelazione nel trasferimento dell'azienda*, in *Riv. not.*, 2001, p. 753.

⁷⁷ L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, cit., p. 284 ss.; *contra* F. PROSPERI, *op. cit.*, p. 301.

⁷⁸ P. FORCHIELLI, *Della divisione*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile* A. SCIALOJA - G. BRANCA, Bologna-Roma, 2000, p. 248 ss.



Maggiori aperture, invece, sono riconosciute alla possibilità di esercizio del citato diritto nel caso di concessione dell'azienda in usufrutto o in affitto, in quando l'articolo 230 *bis* utilizza l'ampio termine trasferimento, comprensivo, quindi, di ogni tipo di alienazione⁷⁹.

Con riferimento alle concrete modalità di esercizio del diritto di prelazione, il comma 5, dell'art. 230 *bis* c.c. si limita ad un generico rinvio alla disciplina di cui all'art. 732 c.c. Resta in tal modo aperta la questione circa l'individuazione degli strumenti di tutela riconosciuti al familiare pretermesso, in particolare se quest'ultimo possa esercitare il diritto di riscatto o semplicemente sia titolare del solo diritto al risarcimento del danno.

Sul punto, non vi è univocità di vedute. Una parte della dottrina, avverso l'ammissibilità del diritto di riscatto, ha sostenuto che qualora fosse consentito l'esercizio del citato diritto potrebbe essere minata l'esigenza di certezza e sicurezza nella circolazione dei beni.

In particolare, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, il terzo che intenda acquistare l'azienda non avrebbe modo, a differenza di quanto accade per la cessione di una quota ereditaria, di accertare l'esistenza di una impresa familiare⁸⁰.

Infatti, come osservato “non solo il rapporto d'impresa familiare nasce senza alcuna formalizzazione, ma, avendo natura meramente residuale, neppure lo svolgimento di un'attività di lavoro da parte del familiare rappresenta di per sé un indice certo della sua esistenza. La situazione è poi resa ancora più grave nelle ipotesi in cui il rapporto di lavoro venga prestato in ambito domestico, essendo in tal caso del tutto impossibile un preventivo accertamento da parte del terzo”⁸¹.

Le obiezioni sollevate possono comunque ritenersi superate a seguito della pronuncia della Suprema Corte, con cui gli Ermellini hanno stabilito che “in tema di lavoro familiare, l'art. 230 *bis* c.c., che richiama l'art. 732 c.c. “nei limiti in cui è compatibile”, va interpretato coerentemente con le finalità dell'istituto, che è quella di predisporre una più intensa tutela del lavoro familiare; ne consegue che la prelazione prevista dalla norma in favore del familiare, nel caso di alienazione dell'impresa familiare, è una prelazione legale, che consente il riscatto nei confronti del terzo acquirente (fino al momento in cui sia liquidata la quota del partecipante), senza che all'applicazione di tale istituto possa essere d'ostacolo la mancanza di un sistema legale di pubblicità dell'impresa familiare, avendo il legislatore inteso tutelare il lavoro più che la circolazione dei beni”⁸².

Siffatte considerazioni possono estendersi anche all'unione civile, in quanto la disciplina dell'articolo 230 *bis* trova applicazione per effetto dell'esplicito rimando contenuto nel comma 13 articolo 1 l. 20 maggio 2016, n. 76.

4. Un'attenta lettura dell'art. 1, comma 13, l. 76 lascia scorgere l'omesso richiamo all'articolo 161 c.c., che sancisce il divieto per i coniugi, in sede di stipula della convenzione matrimoniale, di pattuire in modo generico che “i loro rapporti patrimoniali siano in tutto

⁷⁹ F. PROSPERI, *op. cit.*, p. 305.

⁸⁰ In assenza di un sistema pubblicitario in grado di mostrare la presenza di un'impresa familiare, i terzi cessionari dell'azienda sarebbero costretti ad adottare una serie di ulteriori cautele, provocando un considerevole aumento dei costi di transazione; ciò andrebbe inevitabilmente a ripercuotersi sulla generalità dei traffici giuridici e, in particolare, sui trasferimenti dei complessi produttivi, che la disciplina di cui agli artt. 2555 ss. c.c. è invece rivolta ad agevolare; per tali osservazioni, cfr., altresì, U. MINNECI, *Il preteso rilievo reale della prelazione in favore del partecipante all'impresa familiare*, in *Corr. giur.*, 11, 2009, p. 1533.

⁸¹ M. S. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 230.

⁸² Cass. civ., 19 novembre 2008, n. 27475, in *www.italjure.it*.



od in parte regolati da leggi alle quali non sono sottoposti o dagli usi” ed impone loro l’obbligo di “enunciare in modo concreto il contenuto dei patti con i quali intendono regolare questi loro rapporti”.

Pertanto, le parti della convenzione patrimoniale, a differenza della coppia eterosessuale, potranno limitarsi ad un generico rinvio alle norme e agli usi stranieri.

L’espunzione dell’articolo in esame ha destato non poche esitazioni, in ragione, soprattutto, della utilità pratica che tale norma, tuttora, svolge⁸³. Essa consente di ovviare agli eventuali problemi derivanti dall’elusione del rigore formale prescritto dall’articolo 162 c.c. Infatti, se fosse consentito ai coniugi un semplice richiamo *per relationem* alle norme e usi stranieri da applicarsi alle convenzioni matrimoniali, potrebbero sorgere una serie di inconvenienti. In primo luogo, il notaio non avrebbe la possibilità di dare lettura di tutte le norme *ivi* richiamate; in secondo luogo, la ricerca delle disposizioni o degli usi stranieri da parte del giudice, in sede di scioglimento del vincolo o piuttosto di modifica giudiziale del contenuto della convenzione, diventerebbe eccessivamente lunga e complessa; ed infine le numerose difficoltà a cui andrebbero incontro i terzi nel reperimento e nella traduzione della norme semplicemente richiamate nella convenzione matrimoniale⁸⁴. Sarebbe, dunque, frustrata l’esigenza di garantire la certezza e la legalità della volontà manifestata dalle parti che viene, invece, assicurata con l’obbligatorietà, per taluni negozi, della forma pubblica *ad substantiam*.

Non è mancato chi ha osservato che l’articolo 161 c.c. “non stabilisce quali regimi si possono o non si possono adottare, ma presuppone che gli sposi siano liberi di adottare regimi patrimoniali diversi da quello legale tipico con i soli limiti sanciti dalla disciplina della comunione convenzionale ed afferenti alla inderogabilità delle norme relative all’amministrazione e all’eguaglianza di quote per i beni oggetto della comunione legale, e quindi anche di uniformare il regime liberamente prescelto ad un modello disegnato da un ordinamento straniero o da una consuetudine, anch’essa eventualmente straniera; sulla base di tale presupposto la norma stabilisce che l’adozione di tali regimi diversi da quello tipico dev’essere stipulata con enunciazione espressa dei contenuti del regime prescelto”⁸⁵.

In altre parole, l’articolo in esame vieta la semplice *relatio* al regime straniero o consuetudinario, consentendo ai coniugi di pervenire al medesimo risultato previsto dalla normativa richiamata attraverso la semplice enunciazione espressa all’interno della convenzione dei patti con cui vogliono regolare i loro rapporti.

L’articolo 161 c.c. avrebbe soltanto valenza formale e non rappresenterebbe un ostacolo alla stipula delle c.d. convenzioni atipiche.

A riprova di siffatta ammissibilità, viene evocato l’articolo 30 della legge 31 maggio 1995 n. 218 che, di converso, ha potenziato l’autonomia dei coniugi sulla scelta del diritto applicabile ai loro rapporti patrimoniali⁸⁶.

⁸³ G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., p. 47.

⁸⁴ G. OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 668 ss.

⁸⁵ G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., p. 53.

⁸⁶ Articolo 30 l. 218/1995: Rapporti patrimoniali tra coniugi. 1. I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge applicabile ai loro rapporti personali. I coniugi possono tuttavia convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede. 2. L’accordo dei coniugi sul diritto applicabile è valido se è considerato tale dalla legge scelta o da quella del luogo in cui l’accordo è stato stipulato. 3. Il regime dei rapporti patrimoniali fra coniugi regolato da una legge straniera è opponibile ai terzi solo se questi ne abbiano avuto conoscenza o lo abbiano ignorato per loro colpa. Relativamente ai



Infatti, ai fini della validità dell'accordo è sufficiente che esso sia reso per iscritto e si riferisca alla legge di uno Stato di cui uno dei coniugi abbia alternativamente la cittadinanza o la residenza, oltre alla circostanza che il patto sia considerato valido dalla legge scelta o da quella del luogo in cui l'accordo è stato stipulato.

L'articolo 30, dunque, erode i due limiti posti dalle norme imperative in materia di convenzioni matrimoniali. Il primo è di carattere formale e attiene al requisito dell'atto pubblico *ex* articolo 162 c.c. Esso è superato dalla previsione della sufficienza della mera forma scritta per l'accordo sulla legge applicabile.

Il secondo riguarda, invece, proprio, il formalismo richiesto dall'articolo 161, in quanto se è consentito ai coniugi di stipulare un *pactum de lege utenda*⁸⁷, ne consegue la possibilità che le parti possano limitarsi ad un generico richiamo al sistema di un dato paese.

Tornando alle unioni civili, potrebbe sostenersi che il mancato richiamo all'articolo 161 sia espressione dell'accoglimento, da parte del legislatore, di quell'orientamento che ritiene inattuale ed inoperante la norma in esame per effetto dell'articolo 30.

Ad un più attento esame, questa impostazione non sembra pienamente convincente. Essa presta il fianco ad una disparità di trattamento tra i matrimoni in cui uno dei coniugi abbia cittadinanza o residenza straniera rispetto a quelli in cui entrambi i coniugi siano italiani, e ciò non di meno vogliano regolare i propri rapporti patrimoniali sulla base di norme straniere. I primi godrebbero delle deroghe contenute nell'articolo 30, i secondi invece sarebbero assoggettati al formalismo imposto dagli articoli 161 e 162 c.c.

L'inoperatività dell'articolo 161 c.c. per le convenzioni patrimoniali tra i membri dell'unione, analogamente, pone questi ultimi in una posizione di vantaggio rispetto ai coniugi eterosessuali.

Al pari ha sollevato non poche perplessità il mancato rinvio all'articolo 166 *bis* c.c. che dispone la nullità di ogni convenzione che tenda alla costituzione di beni in dote. *Prima facie*, potrebbe sostenersi che la ragione dell'esclusione sia connessa all'identità sessuale dei contraenti, in quanto l'apporto dotale è quello effettuato dalla moglie o dalla di lei famiglia in favore del marito. Per vero, non può mancare di evidenziare che, come del resto osservato da attenta dottrina, la dote vietata è riscontrabile in qualsiasi forma di convenzione che attribuisca ad un coniuge, indipendentemente dal genere sessuale di appartenenza, una posizione di supremazia connessa all'attribuzione del potere di gestire ed amministrare beni su cui egli/ella non vanti alcun diritto reale⁸⁸.

Talché, con l'espunzione di tale norma, in concreto, si consentirebbe alle parti dell'unione di raggiungere un effetto precluso invece ai coniugi.

In altri termini, l'omesso richiamo agli articoli 161 e 166 *bis* c.c. amplia, in maniera discriminatoria, l'autonomia negoziale dei componenti dell'unione in sede di stipula delle convenzioni, non essendo questi assoggettati ai medesimi limiti imposti ai coniugi eterosessuali.

In un'ottica di conservazione della legge 76/16 – onde evitare una paventabile questione di legittimità costituzionale per violazione dell'articolo 3 a fronte del mancato rinvio

diritti reali su beni immobili, l'opponibilità è limitata ai casi in cui siano state rispettate le forme di pubblicità prescritte dalla legge dello Stato in cui i beni si trovano.

⁸⁷ M. M. WINKLER, *I Rapporti Patrimoniali*, in *Unioni civili e convivenza, Commento alla legge 20 maggio 2016*, a cura di G. BUFFONE, M. GATTUSO, M.M WINKLER, Milano, 2017.

⁸⁸ Sul punto M.R. MORELLI., *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1996, p. 107; F. CORSI, *op. cit.*, p. 47.



alla norma in esame – si tende a ritenere che l’omesso richiamo sia frutto di un mero errore compilativo, di una semplice distrazione del legislatore.

In tal senso, si è di recente espresso il consiglio nazionale del notariato, ritenendo applicabili anche alle unioni civili gli articoli espunti, in quanto posti a presidio dei principi generali quali la determinatezza del contenuto della convenzione matrimoniale, e, con l’esplicito riferimento al divieto di costituzione in dote, l’inderogabile principio solidaristico di contribuzione⁸⁹.

⁸⁹ C. CARBONE, *Appendice di aggiornamento al formulario notarile commentato*, in www.wki.it.



NOTE E COMMENTI

PROFILI PROBLEMATICI DEL CONTRATTO DI CONVIVENZA NELLA LEGGE N. 76/2016

BENEDETTA MARIA SABATINO

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Convivenze *more uxorio* e formazioni sociali. Brevi cenni – 3. La convivenza di fatto nella l. 76/2016: definizione e problematiche – 4. I rapporti patrimoniali dei conviventi prima della legge n. 76 del 2016 – 5. Il contratto di convivenza ed il suo oggetto.

1. La legge n. 76/2016 – anche meglio nota come legge Cirinnà, dal nome della sua Relatrice in Senato – ha introdotto nell’ordinamento italiano gli istituti delle unioni civili e delle convivenze di fatto.

Il legislatore ha dunque recepito due fenomeni che la realtà sociale ha conosciuto negli ultimi decenni, inserendoli nel grande quadro di riforme che il diritto di famiglia attraversa dagli anni ’70.

I nuovi istituti previsti dalla legge costituiscono l’effetto di una condanna dell’Italia da parte della Corte EDU che, nella decisione *Oliari & others v. Italy*, ha sollecitato il legislatore a prevedere un istituto che riconoscesse e tutelasse le unioni omoaffettive.

La sentenza dei giudici della Corte di Strasburgo è stata l’occasione per introdurre nella discussione parlamentare anche la questione delle convivenze *more uxorio*, che da più vent’anni si poneva al legislatore, per cui, contestualmente, è stata affrontata anche la disciplina del contratto di convivenza.

La legge in commento ha il pregio di aver dato risposta alle richieste della società, tentando di uniformare la normativa italiana a quella europea e, più in generale, alla maggior parte degli ordinamenti occidentali, che, già da tempo, hanno predisposto istituti per il riconoscimento delle famiglie non fondate sul matrimonio. Eppure, è la sua formulazione consente di muovere qualche critica, specie in riferimento allo strumento contrattuale ivi previsto.

Infatti, proprio in forza della condanna da parte della Corte EDU, il Parlamento ha licenziato una legge che consta di un unico articolo che, idealmente, potrebbe essere così suddiviso: una prima parte (commi 1-35) dedicata all’unione civile ed una seconda (commi 36 ss.) destinata alla disciplina della convivenza ed allo strumento contrattuale destinato a regolare gli aspetti patrimoniali del *ménage*.

2. Più precisamente, il problema che s’intende affrontare riguarda l’autonomia patrimoniale che la legge riconosce alle parti della convivenza, con particolare riferimento alla relazione intercorrente tra l’atto ed il rapporto, nonché all’oggetto del contratto. Le maggiori questioni ermeneutiche che la normativa pone all’attenzione dell’interprete derivano: da una disattenta articolazione delle disposizioni; nonché dalla circostanza che il legislatore, da



un lato, tenta di rimarcare la differenza tra convivenza e matrimonio ma, dall'altro, cade in errore laddove estende *sic et simpliciter* la disciplina coniugale a situazioni di fatto che, notoriamente, si caratterizzano per la loro natura libera e adattabile alle esigenze più svariate della coppia.

Quanto a quest'ultimo profilo trova accoglimento in dottrina la tesi secondo cui l'ambiguità che caratterizza la legge deve imputarsi proprio al fatto che il legislatore, costretto a non procrastinare l'inerzia sottolineata dalla Corte EDU – oltre che dalla Corte di Cassazione e dalla Consulta¹ – abbia prestato fin troppa attenzione alla regolamentazione delle unioni civili, quasi disinteressandosi del profilo delle convivenze al punto tale da spingersi ad estendervi in parte la disciplina matrimoniale².

In relazione alla prima problematica in precedenza evidenziata, invece, è inevitabile ripercorrere, seppure brevemente, le tappe che hanno segnato l'evoluzione delle convivenze *more uxorio* fino alla loro definitiva approvazione da parte dell'ordinamento ed all'utilizzo dell'espressione famiglia di fatto – terminologia di certo più incisiva delle situazioni di cui si tratta³.

Inizialmente, il fenomeno in esame era visto con disfavore, poiché contrario ai *boni mores*, in quanto, nel sentire comune, fondato esclusivamente su una relazione sessuale che

¹ Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 653 ss., con nota di M. GATTUSO.

² In tal senso, G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. e Dir.*, 10/2016, p. 944, quando afferma che “il riformatore del 2016, fuorviato dalla confusione concettuale derivante dall'aver trattato nel medesimo testo normativo di due situazioni così radicalmente diverse, quali l'unione civile e la convivenza di fatto, ha ritenuto di dover individuare, anche in relazione alla convivenza *more uxorio*, qualcosa di analogo ad una categoria di “impedimenti”, ad instar di quanto accade per il matrimonio e l'unione civile. Il sospetto testé rappresentato è, del resto, destinato a ricevere conferma dalla considerazione delle norme in materia di nullità del contratto di convivenza”. Si v. anche G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, in *NGCC*, 12/2016, p. 1770, il quale afferma che il contratto di convivenza previsto nella recente legge “risente della commistione e della (impropria) ricomprensione, in un unico provvedimento, delle due discipline in cui si articola: quella dell'unione civile, che è in primo luogo disciplina dell'atto costitutivo del vincolo, e quella delle convivenze, che viceversa è regolazione di un fatto. Lo rivela, in modo esemplare, la norma del comma 57°, che palesemente trasforma in ragioni di invalidità del contratto di convivenza quelle che altro non sono se non cause di impugnazione del matrimonio”. Per L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e Dir.*, 10/2016, p. 932, “la lettura dei commi riguardanti la convivenza di fatto (dal 36 al 49, più il 65) rende difficile liberarsi del sospetto che il legislatore abbia lavorato in una condizione di profonda ignoranza del diritto previgente, non solo di quello di fonte giurisprudenziale, ma perfino di quello di fonte legislativa”. Si v., inoltre, F. MACARIO, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in *www.giustiziavivile.com*, 23.06.2016.

³ Sul punto, si v. M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Fam. e Dir.*, 10/2016, p. 868 ss. Per una ricostruzione più approfondita del fenomeno in esame si rinvia, in particolare, a G. AUTORINO STANZIONE, *La famiglia “non fondata sul matrimonio”*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. II, Milano, 1988, p. 847 ss.; F. D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, Milano, 1989, *passim*; F.D. BUSNELLI – M. SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in AA.VV., *Commentario al diritto italiano di famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, Padova, 1993, p. 801; F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 509 ss.; F. PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino-Napoli, 1980, *passim*; D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 145 ss.; G. AUTORINO STANZIONE – P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, diretto da G. Autorino Stanzone, Vol. V, Torino, 2007, p. 1 ss.; V. ZAMBRANO, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, diretto da G. Autorino Stanzone, ult. op. cit., p. 217 ss.; M. DOGLIOTTI, Sulla qualificazione giuridica della famiglia di fatto: spunti, questioni, prospettive, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 347; P. RESCIGNO, *La comunità familiare come formazione sociale*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Quaderni del CSM, Roma, 1980, p. 12; F. CAGGIA, *La convivenza*, in *Diritto della famiglia*, (a cura di) S. Patti – M.G. Cubeddu, Milano, 2011, p. 683 ss.



non poteva trovare garanzia nell'ordinamento giuridico⁴. In questa prima fase vi si riferiva, infatti, con il termine di concubinato, in accezione marcatamente negativa⁵: vi era il timore che il riconoscimento di tali rapporti avrebbe potuto negativamente incidere sul ruolo accordato dal sistema alla famiglia c.d. matrimoniale⁶.

Tuttavia, l'esigenza di libertà – personale prima ancora che patrimoniale – ha fatto sì che le convivenze assumessero un ruolo sempre più crescente all'interno della società, sicché il diritto non poteva continuare a disinteressarsene⁷.

Ad una regolamentazione stringente e talvolta invasiva, tipica della famiglia fondata sul matrimonio, sempre più coppie hanno preferito una vita familiare caratterizzata da assoluta libertà⁸.

Il passaggio dalla irrilevanza giuridica ad una legittimazione delle convivenze *more uxorio* è avvenuto – oltre che attraverso un ripensamento di una dottrina sempre più accorta alla rilevanza che il fenomeno stava assumendo negli anni '70⁹ – anche grazie all'intervento della Corte Costituzionale¹⁰ ed alla giurisprudenza della Corte di Cassazione¹¹.

La convivenza, però, era considerata meritevole di tutela soltanto laddove fosse frutto di una scelta libera delle parti, “unica e sostitutiva del matrimonio”; viceversa non poteva considerarsi lecita quella “che si configura come aggiuntiva all'unione matrimoniale”¹². Tale pensiero, nel corso del tempo, ha fatto spazio ad una maggiore apertura tanto della dottrina quanto della giurisprudenza che, in sostanza, hanno riconosciuto meritevolezza anche al coniuge separato ma in attesa di divorzio che conviva con una terza persona, alla luce del ruolo che la Costituzione attribuisce alle formazioni sociali al cui interno va annoverata anche la convivenza.

Difatti, la famiglia di fatto costituita da due persone conviventi assolveva – e ancor di più assolve ora – alla funzione di garantire lo svolgimento della personalità dell'individuo all'interno delle formazioni sociali, le quali costituiscono luogo privilegiato di manifestazioni solidaristiche¹³.

⁴ Cfr G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, Vol. 6, Torino, 2006, p. 318 n. 101; A. TRABUCCHI, *Famiglia e diritto nell'orizzonte degli anni '80*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Padova, 1986, p. 34. Si v., *ex plurimis*, Cass. 24 gennaio 1958, n. 169.

⁵ Cfr. F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, p. 60.

⁶ Cfr. V. ROPPO, voce *Famiglia*, III, *Famiglia di fatto*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIV Roma, 1989.

⁷ Quanto ai motivi del dilagare delle convivenze, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, Napoli, 2006, p. 933 ss. e note ivi contenute.

⁸ Si v., in particolare, G. AUTORINO, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, diretto da G. Autorino Stanzione, Vol. V, op. cit., p. 206 ss.

⁹ V. AA.VV., *La famiglia di fatto, Atti del convegno nazionale di Pontremoli (27-30.5.1976)*, Montereggio-Parma, 1977, *passim*.

¹⁰ Si v., in particolare, Corte Cost. 3 dicembre 1969, n. 147, e sentenza 7 aprile 1988, n. 404; sentenza n. 559 del 20.12.1989 con nota critica di A. TRABUCCHI, *Il diritto ad abitare la casa d'altri riconosciuto a chi non ha diritti*, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1627 ss.

¹¹ Cass. Civ., Sez. I, 29 novembre 1976, n. 4489.

¹² P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 935.

¹³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, op.cit., p. 935 rileva che “nel suo concreto atteggiarsi la vita del rapporto – di qualsiasi rapporto associativo – deve sostanzialmente essere rispettosa dei principi, dei valori inderogabili e di ordine pubblico che sono a fondamento non di questo o quel settore dell'ordinamento, ma dell'ordinamento nella sua unità e complessità. La famiglia non fondata sul matrimonio è pertanto anch'essa una formazione sociale potenzialmente idonea allo sviluppo della personalità dei suoi componenti e come tale orientata dall'ordinamento al perseguimento di tale funzione”; ID., *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia di fatto*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, p. 143; M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VIII, Torino, 1992, p. 192; contra, A. TRABUCCHI, *Natura legge*



È sempre stato discusso se potesse accordarsi alle convivenze anche la tutela prevista dall'art. 29 Cost¹⁴. Sul punto, la Corte Costituzionale, pur negando la possibilità di una diretta riconduzione del fenomeno alla succitata disposizione costituzionale, ha riconosciuto che la convivenza risente dei “connotati sostanziali tipici del rapporto matrimoniale”¹⁵. Sì che la tutela di queste situazioni andrebbe ricercata all'interno dell'art. 2, norma in grado di assicurare ampi spazi di libertà alle parti del rapporto, di conseguenza riconoscendo un ruolo preminente all'autonomia privata¹⁶.

Al riguardo, va peraltro evidenziato che se è indubbio il rilievo della famiglia fondata sul matrimonio all'interno del nostro sistema ordinamentale, è pur vero che, in qualche modo, anche la famiglia di fatto risenta in parte del complesso di norme e statuizioni predisposte per quella “legittima”¹⁷.

Quanto appena affermato trova ulteriore conforto proprio dalla legge approvata lo scorso anno.

3. Una lettura anche soltanto superficiale della parte della legge rivela una serie di problemi in merito alla disciplina dei rapporti patrimoniali delle parti.

In primo luogo, bisogna partire dalla definizione che il comma 36 dà dei conviventi – e, si badi, non della convivenza – ed analizzare anche la natura, più che la funzione, della dichiarazione anagrafica.

Ai sensi del comma 36 “ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67 si intendono per «conviventi di fatto» due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile”.

Nel predisporre l'istituto, il legislatore non pare voler limitare la convivenza alle sole coppie eterosessuali, introducendo, così, un istituto che senz'altro può definirsi *gender neutral*¹⁸.

famiglia, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 1 ss.; ID., *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 1 ss.; ID., *Pas par cette voie s'il vous plait!*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, p. 329 ss.

¹⁴ P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, Torino, 2000, p. 11. L'A. afferma che i rapporti parafamiliari “labili e precari anche quando si rivelano largamente diffusi e socialmente accettati, sono istituti, mentre il matrimonio, pur contestato e ridimensionato e percorso da inquietudini, rimane l'istituzione”; ID., *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in AA.VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto*, *Atti del Convegno di Roma 3 dicembre 1987*, Napoli, 1988, p. 135 ss.; F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, cit., p. 509 ss.; M. BESSONE, *sub art. 29 Cost.*, in *Comm. Cost.*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 32 e ss.; F. PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, cit., in part. p. 245 e ss.; G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 285; F. CAGGIA, *La convivenza*, in *Diritto della famiglia*, (a cura di) S. Patti – M.G. Cubeddu, cit., p. 705 ss.; G. FERRANDO, *Famiglia legittima e famiglia di fatto nella disciplina costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1977, p. 930 ss.

¹⁵ Cfr. Corte Cost. 8 febbraio 1977, n. 556.

¹⁶ Corte Cost. 13 maggio 1988, n. 166.

¹⁷ Il carattere familiare delle convivenze è messa in luce da G. AUTORINO STANZIONE, *I rapporti familiari*, in *Manuale di diritto privato*, a cura di P. Stanzone, Torino, 2013, p. 355 ss., laddove sottolinea che “il richiamarsi – come si vede – non a norme di diritto familiare, bensì al diritto comune, mortifica la dimensione “familiare” del fenomeno. Al contrario, qui ci troviamo di fronte a un fenomeno familiare che al pari della famiglia adottiva e della famiglia naturale si pone accanto alla famiglia legittima. [...] Ed allora la soluzione migliore è quella di rinvenire norme di applicazione specifica familiare, e norme invece ispirate a principi di diritto comune”.

¹⁸ La qualificazione neutrale delle convivenze di fatto nella l. 76/2016 è confermata da M. SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2016, p. 1792; nonché da G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. e Dir.*, 10/2016, p. 944.



La definizione lascia inalterata la natura puramente fattuale della convivenza, tesi ormai consolidatasi tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza; eppure, la scelta legislativa può interpretarsi, da un lato, quale adesione totale al suddetto indirizzo, concretizzando così la volontà di rimarcare la libertà del fenomeno – sebbene una simile impostazione contrasterebbe con i vincoli formali e sostanziali posti dalle disposizioni successive –, dall'altro lato, però, la qualificazione “di fatto” potrebbe riflettere una mancanza del legislatore che, proprio in sede di regolamentazione della fattispecie, sembra disattento nell'attribuirvi la giusta attenzione, continuando a qualificare come meramente fattuale una situazione della quale sta predisponendo la disciplina oltreché lo strumento contrattuale¹⁹.

È chiaro che non serva alcun atto per costituire la situazione in esame, essendo sufficienti l'*affectio* tra le parti e la reciprocità di assistenza morale e materiale. Tuttavia, poiché il legislatore ha posto dei limiti (anche piuttosto rigorosi, poiché non specifica fino a che grado di parentela possa parlarsi di impedimenti di cui all'art. 87 cod. civ.) ed ha espressamente richiamato l'assistenza morale e materiale, non può dubitarsi che l'*affectio* sia riconducibile, *mutatis mutandis*, all'*affectio familiae* tipico della “famiglia tradizionale”. È altresì vero che, in tal caso, l'assistenza non si qualifica come un obbligo, a differenza di quanto disposto per il matrimonio (art. 86 cod. civ.) e le unioni civili (comma 11 l. 76/2016), bensì un fatto che, di concerto con gli altri presupposti, costituisce la convivenza.

Un dubbio, però, sorge in riferimento allo stato libero delle parti: inizialmente le unioni di fatto meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento erano soltanto quelle in cui nessun membro della coppia fosse sposato; in altre parole, le convivenze legittime erano quelle libere, e, viceversa, era “*illecita la convivenza che si stabilisca quando uno dei conviventi sia legato da precedente matrimonio*”²⁰. Eppure, la dottrina e la giurisprudenza degli ultimi due decenni hanno riconosciuto la possibilità di accordare meritevolezza anche alla coppia composta da chi sia in attesa di una sentenza di divorzio. Il legislatore, quindi, sembra fare un passo indietro rispetto al riconoscimento dei diritti dei conviventi²¹.

Infatti, la questione non è di poco conto se si considera che lo stato libero è elemento fondamentale per la costituzione della convivenza di cui ai commi 36 ss. della legge in commento e per la relativa disciplina (compresa quella del contratto di convivenza). Ci si deve chiedere, allora, quali norme debbano applicarsi ai partner che, in spregio al comma 36, costituiscano una convivenza. Per dottrina significativa, semplicemente, in questi casi la

¹⁹ Cfr. E. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, in www.giustiziavivile.com, 01.04.2016, p. 8.

²⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, op.cit., p. 935.

²¹ Sul punto si v. F. GAZZONI, *La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla nuova legge*, in *Persona e Danno*, 24.06.2016, l'A. ritiene che si tratti di “una limitazione in contrasto non solo con la realtà sociale, ma anche con quella giuridica, frutto di lunghi anni di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, anche ad opera della Corte costituzionale. Non si dubita più, infatti, che la condizione di separato legalmente non osti alla stabile convivenza con altra persona, posto che quella con il coniuge è cessata. Semmai l'ostacolo potrebbe essere ravvisato nella separazione meramente di fatto. Di conseguenza la legge ha dato luogo ad una dicotomia, perché le convivenze di fatto prive di risultanza anagrafica o con partner separato continueranno ad essere disciplinate dal diritto vivente giurisprudenziale”, disponibile al link <https://www.personaedanno.it/articolo/la-famiglia-di-fatto-e-le-unioni-civili-apunti-sulla-recente-legge-francesco-gazzoni>; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. e Dir.*, 10/2016, p. 864 ss.; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, p. 209 ss.; ID., *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in M. Blasi – R. Campione – A. Figone – F. Mecenate – G. Oberto, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze - Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, p. 61 ss.; L. LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, in www.inscivile.it, 2/2016; M. RIZZUTI, *Prospettiva di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, www.giustiziavivile.com, 12.05.2016, p. 10 ss.; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in www.juscivile.it, 2016, 6, p. 1 ss.



legge speciale non può trovare applicazione, ma deve farsi riferimento al diritto comune, cioè a quegli indirizzi giurisprudenziali e dottrinali che, fino all'entrata in vigore della recente riforma, hanno ispirato la materia. Si ritorna, così, ad una convivenza al di fuori degli schemi predisposti dall'ordinamento, la qual cosa non può che mostrare come la *ratio* stessa della legge sia frustrata da una forse eccessiva intromissione del legislatore in un ambito quanto mai labile, delicato e, soprattutto, libero, qual è quello del diritto di famiglia e degli istituti parafamiliari²².

Ancora, un'altra problematica collegata a quella che potrebbe definirsi come convivenza "atipica" – proprio perché non conforme allo schema predisposto dalla legge speciale – concerne la dichiarazione anagrafica che i partner devono effettuare per poter godere della disciplina predisposta dalla legge.

Il comma 37 prescrive che "ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36, per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 13 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223".

Discussa in dottrina è la natura della dichiarazione²³: la tesi minoritaria ritiene che si tratti di un elemento costitutivo della fattispecie, in assenza del quale la convivenza ex comma 36 non può configurarsi – o meglio, si costituisce sì una convivenza, che, tuttavia, non va ricondotta nello schema (tipico) di quello della riforma²⁴. L'indirizzo maggioritario, al contrario, ritiene che la dichiarazione anagrafica abbia una mera funzione probatoria²⁵, che, peraltro, sarebbe confermata dall'utilizzo del termine "accertamento", poiché, come autorevolmente sostenuto, "*si accerta una fattispecie già esistente e perfetta, non la si costituisce*"²⁶. La valenza accertativa è messa in luce anche da un'altra tesi che ravvisa nella dichiarazione anagrafica ai sensi dell'art. 4, D.P.R. n. 223/1989 soltanto una modalità, tra tante possibili, per provare la sussistenza della convivenza²⁷.

²² Sulla possibilità di tornare ad applicare le regole di diritto comune alle convivenze di fatto che non rispettano i requisiti di cui ai commi 36 ss. della riforma, si v. ancora F. GAZZONI, *La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla nuova legge*, cit.

²³ Il dibattito in merito alla natura della dichiarazione è proseguito anche in seguito al parere del Ministero dell'Interno in cui si afferma che il comma 37 "finalizza espressamente gli istituti propri dell'ordinamento anagrafico all'accertamento della stabile convivenza e non già alla costituzione della convivenza di fatto". Cfr. MINISTERO DELL'INTERNO, *Parere in merito all'applicazione del comma 36 dell'art. 1 della legge 76/2016 - Convivenze di fatto*, 6.2.2017.

²⁴ Cfr. F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2015, n. 76*, in NGCC, 12/2016, p. 1738 ss., laddove, nel distinguere tra "convivenze registrate" e "convivenze non registrate", ritiene che il comma 37 vada interpretato "alla stregua di un completamento della definizione di cui al comma 36" e non anche, come sostenuto da altra dottrina, quale norma di disciplina.

²⁵ La legge in commento è piuttosto recente e la giurisprudenza sul tema è esigua, eppure, la questione relativa alla natura probatoria della dichiarazione anagrafica è stata affrontata dal Trib. Milano, sez. IX civ., ordinanza 31 maggio 2016, con nota di S. PELLEGRATTA, *Convivenza di fatto e dichiarazione anagrafica: natura costitutiva o probatoria?*, in *Fam. e Dir.*, 10/2017, p. 893 ss. Nell'ordinanza del giudice milanese è stato affermato che "il convivere è un "fatto" giuridicamente rilevante da cui discendono effetti giuridici ora oggetto di regolamentazione normativa. Tant'è che la dichiarazione anagrafica è richiesta dalla legge 76 del 2016 «per l'accertamento della stabile convivenza», quanto a dire per la verifica di uno dei requisiti costitutivi ma non anche per appurarne l'effettiva esistenza fattuale". Si v. ancora P. SIRENA, *L'invalidità del contratto di convivenza*, in NGCC, 7-8/2017, p. 1074; L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giurisprudenza Italiana*, 7/2016, p. 1786-1787. Contra, L. LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, cit., p. 96; e M. RIZZUTI, *Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, cit., p. 9; E. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, cit., p. 8.

²⁶ G. AMADIO, *La crisi della convivenza*, in NGCC, 12/2016, p. 1769 ss.

²⁷ G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 1/2017, p. 14 ss.



La norma non solo tralascia di considerare quelle ipotesi in cui la convivenza non possa essere registrata per mancanza di stato libero di uno o entrambi i partner, ma, ingiustificatamente, richiede per la registrazione anagrafica la coabitazione. Anche qui, un ulteriore passo indietro da parte del legislatore se si considera che, in primo luogo, la coabitazione non è prevista tra i presupposti costitutivi della fattispecie ai sensi del comma 36, ma, soprattutto, non sono rare le coppie che, pur rispettando il dettato normativo in relazione all'*affectio* ed alla reciproca assistenza morale e materiale, non possano coabitare per ragioni lavorative.

Un tema, quest'ultimo, che è stato oggetto di alcune pronunce della Corte EDU: nella già citata decisione *Oliari & Others v. Italy*, al § 169, i giudici di Strasburgo hanno sottolineato che "[...] la Corte ha già accettato che l'esistenza di un'unione stabile è indipendente dalla convivenza. [...] Invero, nel mondo globalizzato di oggi diverse coppie, sposate, o che hanno contratto un'unione registrata, attraversano periodi in cui vivono la loro relazione a distanza, dovendo mantenere la residenza in paesi diversi, per motivi professionali o di altro tipo. La Corte ritiene che tale fatto non abbia di per sé alcuna incidenza sull'esistenza di una relazione stabile e sulla necessità che essa sia tutelata"²⁸.

Dalla tesi della valenza costitutiva della dichiarazione anagrafica discendono effetti rilevanti: la mancata registrazione impedirebbe ai partner di porre in essere il contratto di cui al comma 50, benché le stesse, al fine di disciplinare i propri rapporti patrimoniali, potrebbero servirsi dei modelli contrattuali in uso fino all'entrata in vigore della legge n. 76/2016, con la conseguenza, tuttavia, di non poter opporre ai terzi quanto in essi contenuto, con una mera efficacia interna. Una simile disparità – tra conviventi "registrati" e "non registrati" – ha sollevato dubbi in dottrina circa la legittimità costituzionale della disposizione di cui al comma 37²⁹.

I problemi interpretativi relativi alla dichiarazione anagrafica, quindi, si spingono fino a riguardare non soltanto la tutela che l'ordinamento appresta alla convivenza come fatto, ma anche la regolamentazione del contratto di convivenza. Infatti, ai sensi del comma 50 "i conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza".

Se si aderisce alla tesi che accorda alla registrazione una funzione meramente probatoria, le parti possono stipulare un contratto di convivenza anche in assenza di pubblicità, poiché gli unici requisiti necessari per la costituzione della convivenza, infatti, sarebbero quelli sanciti dal comma 36.

Viceversa, aderendo alla tesi per cui la convivenza non si costituisce se non al momento della registrazione anagrafica, deve negarsi validità al contratto in tal modo eventualmente concluso che, tuttavia, come già accennato, potrebbe avere efficacia meramente interna tra le parti.

Non può poi negarsi la rilevante contraddizione tra quanto disposto in merito alla dichiarazione ed all'iscrizione all'anagrafe dai commi 37 e 52. Infatti, il comma 37 richiama

²⁸ Si v., inoltre, i §§ 49 e 73 della sentenza *Vallianatos & Others v. Greece*, cui la Corte Edu rimanda nella decisione *Oliari & Others v. Italy*.

²⁹ G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, cit., p. 16. In ragione di quanto suesposto, l'autore raccomanda cautela nel sopravvalutare la funzione della dichiarazione.



espressamente l'art. 4³⁰ del D.P.R. n. 223/1989, rubricato "Famiglia anagrafica", mentre il comma 52 richiama l'art. 5³¹, rubricato "Convivenza anagrafica".

Giusto il rimando all'art. 4 del citato D.P.R., la critica va rivolta al dettato del comma 52: se è vero che la convivenza di fatto ed il contratto di convivenza sono situazioni da tener distinte tra loro – essendo la prima un fatto ed il secondo un atto – è altresì vero che il contratto di convivenza, alla luce del comma 50, non può che originare dalla convivenza quale fatto, sicché non trova ragion d'essere il richiamo all'art. 5 di cui al comma 52.

Probabilmente, le questioni suesposte troveranno risoluzione nella giurisprudenza, ad oggi piuttosto esigua. In questa sede, però, non può che affermarsi la natura puramente probatoria della dichiarazione ex comma 37, più confacente al carattere fattuale della convivenza. Inoltre, questa soluzione sembra potersi dedurre anche dal comma 57 che, nel sancire le cause insanabili di nullità del contratto, non annovera la mancata dichiarazione, ma richiama alla lettera b) solo i presupposti di cui al comma 36³².

4. È noto che la disciplina dei rapporti patrimoniali all'interno delle cc.dd. famiglie di fatto sia opera di creazione dottrinale e giurisprudenziale, oltre che della pratica notarile³³.

Prima dell'attuale normativa, il problema principale riguardava l'inquadramento dei trasferimenti – o, più in generale, delle prestazioni – patrimoniali tra i conviventi, con particolare riguardo alla posizione del convivente debole. La questione, però, si atteggiava diversamente a seconda dell'esistenza o meno di un contratto che regolasse simili trasferimenti. Laddove le parti nulla avessero convenzionalmente previsto, lo strumento utilizzato per giustificare le prestazioni patrimoniali era stato individuato, quasi concordemente da dottrina e giurisprudenza, nella categoria delle obbligazioni naturali: in assenza di un vincolo giuridico imposto dalla legge o da un accordo, la giustificazione causale era individuata nell'adempimento di quegli obblighi morali o sociali di cui all'art. 2034 cod. civ.³⁴

³⁰ D.P.R. n. 223/1989, Articolo 4, "Famiglia anagrafica": "1. Agli effetti anagrafici per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune.

2. Una famiglia anagrafica può essere costituita da una sola persona."

³¹ D.P.R. n. 223/1989, Articolo 5, "Convivenza anagrafica": "1. Agli effetti anagrafici per convivenza s'intende un insieme di persone normalmente coabitanti per motivi religiosi, di cura, di assistenza, militari, di pena e simili, aventi dimora abituale nello stesso comune.

2. Le persone addette alla convivenza per ragioni di impiego o di lavoro, se vi convivono abitualmente, sono considerate membri della convivenza, purché non costituiscano famiglie a se stanti.

3. Le persone ospitate anche abitualmente in alberghi, locande, pensioni e simili non costituiscono convivenza anagrafica."

³² L. n. 76/2016, comma 57: "Il contratto di convivenza è affetto da nullità insanabile che può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse se concluso:

a) in presenza di un vincolo matrimoniale, di un'unione civile o di

un altro contratto di convivenza;

b) in violazione del comma 36;

c) da persona minore di età;

d) da persona interdetta giudizialmente;

e) in caso di condanna per il delitto di cui all'articolo 88 del codice civile".

³³ Sul punto, si v., in particolare, R. BASSETTI, *Contratti di convivenza e di unione civile*, Torino, 2014, *passim*; M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in *Il diritto di famiglia*, Tratt. diretto da Bonilini e Cattaneo, Torino, 2007, p. 531 e ss; G. OBERTO, «voce Convivenza (contratti di)», in *Contr. impr.*, 1991, p. 377 e ss.

³⁴ L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, XLIII, Milano, 2004, p. 107; R. Nicolò, «Esecuzione indiretta di obbligazioni naturali», in *Foro it.*, 1939, I,



Va aggiunto poi che, in ossequio al dettato normativo, l'effetto della *soluti retentio* si verificava in presenza dei requisiti di adeguatezza e proporzionalità, da valutare caso per caso, in relazione alle circostanze concrete. In assenza di tali caratteristiche, l'azione posta a tutela delle ragioni del convivente che avesse ingiustamente pagato era quella di arricchimento ingiustificato ai sensi dell'art. 2041 cod. civ.³⁵.

L'obbligazione naturale, di certo si prestava ad assurgere a strumento avente funzione contributiva del *ménage*³⁶; eppure l'incoercibilità dell'obbligo che la caratterizza non riusciva a rispondere in maniera adeguata alle esigenze del partner dinnanzi all'inadempimento dell'altro.

Quanto, poi, agli accordi di convivenza, per lungo tempo l'attenzione è stata posta sul profilo della meritevolezza: trattandosi di formazioni sociali riconosciute come meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, non si dubitava che gli accordi posti in essere all'interno della convivenza potessero superare positivamente il giudizio previsto dal comma 2 dell'art. 1322³⁷.

Risolta quindi la questione sul riconoscimento degli accordi di convivenza, è stato necessario individuarne l'oggetto, o meglio, capire fino a che punto potesse spingersi l'autonomia privata all'interno di rapporti non esclusivamente patrimoniali. Difatti, alla luce della regola generale sancita dall'art. 1321 cod. civ., non si è dubitato che tali contratti fossero inidonei a vincolare le parti in relazione a profili di natura strettamente personale (si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla impossibilità di obbligare il partner a continuare la convivenza); al contrario, la meritevolezza degli interessi perseguiti e la causa consistente nello scambio reciproco di prestazioni volte alla contribuzione del *ménage* familiare hanno giustificato la creazione e la diffusione di simili patti.

In particolare, sono stati utilizzati per individuare il regime dei beni acquistati durante la convivenza (di norma quello della comunione dei beni, anche se non si esclude la possibilità di prevedere un regime di separazione), o, ancora, per costituire dei *trust*.

Seppure, deve evidenziarsi la tendenza ad utilizzare gli accordi di convivenza per regolare i rapporti in seguito alla cessazione della convivenza.

Trattandosi in ogni caso di un contratto atipico, si è sentita poi la necessità di "tipizzare" quantomeno alcune clausole più ricorrenti nella pratica: in proposito, è intervenuto il Consiglio Nazionale del Notariato che, nel 2013, stante il *vulnus* legislativo, ha redatto una guida operativa volta ad indirizzare i professionisti nella redazione dei contratti di convivenza³⁸.

c. 41 e ss; E. Moscati, *Del pagamento dell'indebitato*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, *Sub art. 2034*, Bologna-Roma, 1981, p. 355 e ss.

³⁵ P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2008, p. 175.

³⁶ G. OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Cont. e impr.*, 2004, p. 17 ss.

³⁷ Risolutiva in tal senso è stata la sentenza di Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, in *Corr. Giur.*, 1993, p. 947, con nota di V. CARBONE. Inoltre, in passato si è discussa l'ammissibilità di un contratto avente ad oggetto l'assunzione di un'obbligazione naturale. La questione è stata esaminata da G. OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, cit., che, escludendo che si possa parlare di un negozio novativo, ha concluso nel senso di attribuire agli accordi di convivenza una causa autonoma, individuabile nella reciprocità dei sacrifici dei partner, "mentre, rispetto a tale schema, la volontà di adempiere il preesistente dovere morale o sociale degrada al rango di semplice motivo".

³⁸ Cfr. CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Guida operativa in tema di convivenza. Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente more uxorio in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale. Contratti di convivenza open day, 30 novembre 2013*, Roma, 2013, il cui testo è disponibile al link



5. La disciplina del contratto di convivenza trova sistemazione nei commi 50 ss. della nuova legge. Ai sensi del comma 50 “i conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza”.

La disposizione, in buona sostanza, non fa che ripetere il principio generale canonizzato dall'art. 1321 cod. civ. per cui il contratto deve riferirsi a rapporti patrimoniali, e, proprio per questo, sembra possa qualificarsi come norma di principio in relazione agli accordi tra conviventi, positivizzando una prassi negoziale ormai già riconosciuta dall'ordinamento³⁹.

In questo modo, infatti, si permette che gli obblighi posti a fondamento del matrimonio – fino a questo momento considerati incoercibili per i conviventi – trovino giuridificazione all'interno del contratto⁴⁰, con la conseguenza di assicurare maggior certezza a quelle che erano considerate mere obbligazioni naturali.

I maggiori problemi interpretativi, però, scaturiscono dal comma 53 laddove, dopo aver stabilito che il contratto deve recare “l'indicazione dell'indirizzo indicato da ciascuna parte al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo”, nell'individuare l'oggetto, afferma che “il contratto può contenere: a) l'indicazione della residenza; b) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo; c) il regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile”.

Al riguardo, la dottrina maggioritaria si esprime nel senso di attribuire alla citata disposizione una funzione meramente esemplificativa: il “può” in essa contenuto, infatti, apre alla possibilità di interpretare la norma nel senso più ampio. Viceversa, individuare l'oggetto del contratto di convivenza soltanto nei tre elementi indicati dal legislatore costituirebbe un limite all'autonomia privata⁴¹ che, peraltro, può dirsi superato anche per le convenzioni e

http://www.notaicomolecco.it/wwwnotaileccocomoit/Downloads/Guida%20operativa_Contratti%20di%20convivenza.pdf.

³⁹ È indubbio che la norma risulti pleonastica, eppure v'è chi ne ha intravisto una portata “promozionale”. In tal senso, G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 946. Il tema dell'autonomia privata nei rapporti familiari è stato esaminato anche da A. ZOPPINI, *Tentativo d'inventario per il “nuovo” diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in AA.VV., *I contratti di convivenza*, a cura di E. Moscati e A. Zoppini, Torino, 2002, p. 1 ss; S. SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, Napoli, 1995, p. 232 ss; Id., *Famiglia di fatto e Cohabitation contracts*, in AA.VV. *Sistemi giuridici comparati: ipotesi applicative*, Salerno, 1997, p. 249 ss.; F. GAZZONI, *La famiglia di fatto tra legge e autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 1981, II, p. 260 ss.; G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza: esperienze a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 163 ss.; L. GATT, *autonomia privata e convenzioni familiari nella dialettica tra tipicità e atipicità negoziale*, in *Le unioni civili e le convivenze: Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs n. 6/2017; d.lgs n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 616 ss.; D. ACHILLE, *Contratto di convivenza e autonomia privata familiare*, ult. op. cit., p. 623 ss.

⁴⁰ S. SICA – M. MESSINA, *Famiglia non fondata sul matrimonio e autonomia negoziale*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, diretto da G. Autorino Stanzione, op. cit., p. 409 ss.

⁴¹ Si v. L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e “modello” matrimoniale: prime riflessioni*, cit., p. 1788; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *NLCC*, 3/2016, p. 396; C. COPPOLA, *I rapporti patrimoniali dei conviventi di fatto*, in *Trattato di Diritto di Famiglia - Vol. V: Unione civile e convivenza di fatto*, diretto da G. Bonilini, Torino, 2017, p. 767.



per gli atti aventi contenuto patrimoniale conclusi nell'ambito del matrimonio⁴² ed in vista della crisi coniugale⁴³.

In ogni caso, la norma è certamente da interpretarsi in senso restrittivo in relazione ai profili *mortis causa*: stante il divieto di cui all'art. 458 cod. civ., i conviventi non possono dar luogo a patti successori. Il legislatore, infatti, ha escluso una simile possibilità non prevedendo alcuna deroga al divieto; ciò fa sì che l'eventuale accordo concluso in spregio alla norma sarebbe travolto da nullità⁴⁴.

Quanto alle pattuizioni aventi effetti *inter vivos*, invece, se si ammette una lettura aperta del comma 53 devono considerarsi valide le disposizioni aventi ad oggetto la costituzione di *trust* e vincoli di destinazione. Com'è stato osservato in precedenza, l'interesse parafamiliare sotteso alle situazioni in esame potrebbe fungere da meritevole causa per i vincoli di cui all'art. 2645 *ter* cod. civ. Inoltre, già prima della legge in commento era invalsa la prassi da parte dei conviventi di servirsi di tali strumenti ed, in particolare, di costituire vincoli di destinazione.

Al contrario, osta alla costituzione di un fondo patrimoniale quanto disposto dalla lettera c) del comma 53 che, rinviando alla sola Sezione III del Titolo VI del Libro I del Codice, estende sì ai conviventi il regime di comunione dei beni, ma, contestualmente, li esclude dalla costituzione del fondo ex art. 167 cod. civ. nonché dalla possibilità di dar vita a regimi convenzionali della comunione⁴⁵.

Tuttavia, sempre che si propenda per un'interpretazione estensiva del comma 53 – che, a questo punto, sembra quasi doverosa –, si tratterebbe di impedimento più formale che sostanziale poiché la medesima funzione del fondo patrimoniale ben può essere assolta da un vincolo di destinazione⁴⁶.

Inoltre, sebbene il comma 53 non rinvii espressamente alle norme relative al regime di separazione dei beni ed ai regimi convenzionali, quello successivo consente di modificare il regime prescelto in qualsiasi momento, aprendo così la strada all'ipotesi che i conviventi, tramite modifiche o accordo novativo del precedente, possano gestire i propri interessi patrimoniali ricalcando gli schemi di cui agli artt. 210-219 cod. civ.⁴⁷.

⁴² Il riferimento è ai cc.dd. accordi prematrimoniali ed alla loro sempre più tendente accettazione e, segnatamente, alla proposta di legge n. 2669 presso la Camera dei Deputati. In proposito, si v. F. SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali: tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia*, in NLCC, 1/2017, p. 191 ss.

⁴³ Il fenomeno della contrattualizzazione del diritto di famiglia è stato esaminato da G. FERRANDO, *Autonomia privata e rapporti familiari (note a margine del libro di Giuseppa Palmieri)*, in Riv. Trim. dir. proc. civ., 2003, 2, p. 652; S. PATTI, *La rilevanza del contratto nel diritto di famiglia*, in Fam. pers. e succ., 2005, I, p. 197 ss.; C. VERDE, *Profili evolutivi dell'autonomia negoziale nelle relazioni di tipo "familiare"*, in www.juscivile.it, 2014, 2, p. 39 ss.; V. ZAMBRANO, «Accordi della crisi coniugale» antichi assiomi e profili evolutivi, in *Liber amicorum per Bruno Troisi*, (a cura di) C. Cicero – G. Perlingieri, Napoli, 2017, p. 1491 ss.

⁴⁴ Tra l'altro, la previsione di una deroga al divieto di cui all'art. 485 cod. civ. era contenuta in una vecchia formulazione del ddl; tuttavia, è stata eliminata durante l'iter di approvazione parlamentare. Sui profili successori, si v. E. FERNANDES, *Il regime successorio degli uniti civilmente e dei conviventi di fatto*, in questa Rivista, settembre 2017; una ricostruzione in chiave comparata è offerta da F. VIGLIONE, *I diritti successori dei conviventi: Uno studio di diritto comparato*, Torino, 2016, *passim*.

⁴⁵ T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, cit., p. 396; ID., *Il fondo patrimoniale*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, cit., II, p. 1686 ss.

⁴⁶ G. OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contr. e impr. Europa*, 2007, p. 400 ss.; ID., *Atto di destinazione e rapporti di famiglia*, in *Giurisprudenza Italiana*, gennaio 2016, p. 239 ss.

⁴⁷ In tal senso G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 954.



Altro profilo problematico della legge in commento è rappresentato dal comma 56 vieta l'apposizione di termini o condizioni che, se previsti, si considerano per non apposti (*vitatur sed non vitat*)⁴⁸.

In precedenza non si dubitava che gli effetti degli accordi di convivenza potessero essere legati alla durata della relazione affettiva o, in ogni caso, potessero essere ancorati al verificarsi di un evento (futuro e certo o incerto) individuato da entrambe le parti⁴⁹.

La tesi secondo cui il divieto di apposizione di termine o condizione si riferirebbe al contratto e non anche alle singole clausole non pare accettabile, specie perché, altrimenti, lo stesso divieto non avrebbe ragion d'essere. Pertanto, interpretando la disposizione nel senso che alcun termine o condizione può essere previsto all'interno del contratto, va da sé che non possa formare oggetto del contratto di convivenza una qualsivoglia clausola diretta a mantenere la coabitazione per un determinato periodo o, ancora, che sia diretta ad imporre un obbligo di fedeltà. Siffatte previsioni non potrebbero trovare accoglimento nel nostro ordinamento in quanto in contrasto con l'ordine pubblico ed il buon costume.

Il divieto di apporre termini e condizioni alla convenzione si mostra ancora più stringente laddove è previsto che le parti non possano stabilire un *quantum* da corrispondere nel caso di rottura della convivenza.

Il problema dell'utilizzo dello strumento di cui all'art. 1382 cod. civ. ha sempre interessato la dottrina, che, in certi limiti, ne ha ammesso la liceità: già prima della legge in esame, infatti, si tendeva ad escludere la possibilità per i conviventi di inserire nel contratto una clausola penale collegata all'ipotesi in cui uno dei partner fosse stato infedele o avesse interrotto la convivenza. La convivenza, quale fatto caratterizzato dalla libertà e dalla mancanza di prestazioni a contenuto patrimoniale, non poteva essere fonte di coazione della libertà stessa.

Eppure, è stata avanzata la possibilità di inserire nel contratto una clausola non già penale, bensì premiale (es.: prevedo a tuo favore una somma di danaro per ogni anno di continuazione della convivenza). In tal modo si muterebbe la funzione della penale: da strumento sanzionatorio e di predeterminazione del risarcimento del danno a mezzo di incentivo per la parte a favore della quale è prevista⁵⁰. La mancata previsione di una prestazione patrimoniale, infatti, farebbe venir meno la contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume che, invece, caratterizza l'inserimento della penale in simili accordi ed è sanzionata con la nullità della singola pattuizione. Nondimeno, anche la clausola premiale ha suscitato

⁴⁸ La disposizione è stata definita "quanto mai improvvida" da G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., p. 944. Si v. anche M. GRONDONA, Comma 56, in *Le unioni civili e le convivenze: Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; dlgs n. 6/2017; dlgs n. 7/2017*, op. cit., p. 669 ss.

⁴⁹ Cfr. Cass., Sez. I, 21.12.2012, n. 23713 in cui la Suprema Corte ha considerato lecita, alla luce dell'autonomia contrattuale ex art. 1322 comma 2, l'apposizione di una condizione ad una convenzione matrimoniale: "Può sicuramente ipotizzarsi che, nell'ambito di una stretta solidarietà tra i coniugi, i rapporti di dare ed avere patrimoniale subiscano, sul loro accordo, una sorta di quiescenza, una "sospensione" appunto, che cesserà con il "fallimento" del matrimonio, o con il venir meno, provvisoriamente con la separazione, e definitivamente con il divorzio, dei doveri o diritti coniugali. Condizione lecita, dunque, nella specie, di un contratto atipico, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi, sicuramente diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma c.c."; R. BASSETTI, *Contratti di convivenza e di unione civile*, cit., p. 95 ss.

⁵⁰ Sulla possibilità di apporre una clausola "premile" al contratto di convivenza, v. G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Torino, 1991, p. 197 ss.; M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi "more uxorio"*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1994, p. 749 ss.; F. CAGGIA, *La convivenza*, in *Diritto della famiglia*, (a cura di) S. Patti – M.G. Cubeddu, op. cit., p. 726; L. BALESTRA, *La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione*, in *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, (a cura di) T. Auletta, Milano, 2007, p. 82.



vari interrogativi da parte della dottrina che non ha mancato di sottolineare come pure una simile previsione possa incidere nella sfera di libertà del partner che sarebbe indotto a continuare una convivenza, o a tenere un dato comportamento, all'unico scopo di incrementare il *quantum* dedotto nella pattuizione⁵¹.

Peraltro, anche laddove tale ultima clausola si consideri meritevole, essa sarebbe egualmente subordinata all'avveramento di un evento futuro ed incerto e, di conseguenza, andrebbe incontro alla suesposta nullità.

Quest'ultimo motivo consente poi di negare che l'autonomia contrattuale dei conviventi possa spingersi fino al punto di accordarsi sull'eventuale corresponsione, a favore della parte che versi in stato di bisogno a seguito della cessazione della convivenza, un assegno di mantenimento⁵². In effetti, il comma 65 riconosce alla parte bisognosa il diritto agli alimenti, rimettendo al giudice l'accertamento dei presupposti per l'attribuzione. Trattasi di una scelta di politica legislativa che esclude la previsione di un assegno di mantenimento, rinviando alle sole disposizioni in tema di alimenti⁵³. Un profilo di giustificazione può essere rinvenuto nella necessità di tutelare entrambe le parti del rapporto e l'equilibrio tra prestazioni (laddove, per esempio, anche le condizioni economiche del partner economicamente forte possono diminuire nel corso del tempo e non fondare più le future attribuzioni patrimoniali).

Sembra però più plausibile che il legislatore, in questa sede, abbia inteso rimarcare la differenza tra convivenza di fatto dal matrimonio, al contempo ingerendosi nella sfera di autonomia negoziale dei conviventi laddove non gli accorda il diritto di predeterminare e regolamentare quegli interessi patrimoniali che sorgono a causa della patologia del rapporto.

Eppure, i timori del legislatore, specie per quanto riguarda gli eventuali profili contrattuali di non conformità a norme imperative ed all'ordine pubblico, dovrebbero essere – se non scongiurati – quantomeno attenuati dall'obbligo di controllo riposto in capo all'avvocato o al notaio (comma 51) presso cui le parti si recano per l'autenticazione o per la redazione.

I commi 53 e 56 della legge, dunque, palesano quella accennata confusione del legislatore che, seppure in parte, tenta di equiparare il contratto di convivenza all'atto matrimoniale. Tuttavia, si tratta di due atti differenti, ai quali, pertanto, non può destinarsi la medesima regolamentazione⁵⁴; sebbene sia indubbio che la funzione dello strumento contrat-

⁵¹ L. BARDARO, *Accordi interni tra conviventi*, in *La prova e il quantum*, (a cura di) P. Cendon, Milano, 2013, p. 528 ss.; A. Spadafora, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, p. 94 ss.; E. DEL PRATO, *Famiglia*, I, 2002, p. 977.

⁵² Sulla liceità di tali clausole, G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, p. 129 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, in *Trattato del Contratto*, VI, (a cura di) V. Roppo, Milano, 2006, p. 105 ss.; R. BASSETTI, *Contratti di convivenza e di unione civile*, cit. p. 149 ss. Contra, T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, p. 43 ss.; E. QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Famiglia*, 2005, I, p. 14 ss.

⁵³ Una previsione in tal senso era invece contenuta nel disegno di legge, ma anch'essa è stata elisa durante il procedimento di approvazione parlamentare. Se ne rammarica G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit. p. 948. Sul punto, anche F. DANOVI, *L'intervento giudiziale nella crisi dell'unione civile e della convivenza di fatto*, in *Fam. e Dir.*, 10/2016, p. 1005 ss.; A. Fusaro, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs n. 6/2017; d.lgs n. 7/2017*, op. cit., p. 660; M. VELLETTI, ult. op. cit., p. 671 ss.

⁵⁴ Cfr. G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit. p. 592 quando afferma che "L'evidente confusione delle due ben diverse prospettive ha portato ai risultati attuali: da un lato l'attribuzione, a chi faceva valere istanze di parità di trattamento rispetto alle coppie eterosessuali, di un evidente ed avvilente *minus* rispetto al matrimonio; dall'altra, l'imposizione a chi chiedeva una regolamentazione "leggera" di una forma di unione



tuale destinato a disciplinare i profili della convivenza sia influenzato, almeno in parte, dalla medesima funzione che caratterizza i negozi familiari.

È vero che la disciplina della convivenza risente inevitabilmente dell'influenza delle regole previste in tema di coniugio che, però, non possono applicarsi *sic et simpliciter* senza tener in considerazione la circostanza che ciò che caratterizza la convivenza, e ancor di più il contratto che da essa può eventualmente scaturire, è la libertà. Difatti, il *discrimen* tra i due tipi di unione, è sottolineato in apertura della legge dallo stesso legislatore che, seppure in riferimento alle sole unioni civili, richiama le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. e non anche l'art. 29 Cost. e di questa diversa caratterizzazione ontologica delle varie figure di nuova introduzione si sarebbe dovuto tener conto nell'iter di stesura della legge.

La ragione di questo (parziale) accostamento e la conseguente ingerenza del legislatore nella sfera patrimoniale dei conviventi, allora, potrebbe leggersi nel senso di voler tutelare il partner debole, assimilando la sua figura a quella del coniuge.

Intesa così la *ratio* dell'intervento legislativo, andrebbe considerata con favore l'ipotesi di conclusione del contratto in esame quale fonte di obbligazioni a carico del solo proponente. Infatti, lo strumento disciplinato dall'art. 1333 cod. civ. permetterebbe alla parte forte di assumere su di sé soltanto le obbligazioni derivanti dalla convivenza, tenendo in qualche maniera indenne la parte debole. Allo stesso modo, appare configurabile nell'ambito della convivenza un contratto a favore di terzo.

Quanto finora esaminato fa apparire chiaro che il legislatore ha probabilmente sottovalutato l'importanza della materia che introduceva nel nostro ordinamento. Pertanto, è auspicabile che alcuni correttivi siano apportati alla disciplina del contratto di convivenza; in particolare, dovrebbe essere lo stesso legislatore ad intervenire al fine di rinforzare i punti deboli della legge. Rimettere la risoluzione dei profili problematici unicamente al formante giurisprudenziale rischierebbe di dar luogo ad un quadro fin troppo disomogeneo, che, invece, dovrebbe essere scongiurato proprio in applicazione dei principi che il nostro ordinamento garantisce per la tutela degli interessi preminenti della famiglia.

Dunque, il pur lodevole intento di garantire un equilibrio tra le posizioni di entrambi i partner dovrebbe trovare un temperamento con l'esigenza di assicurare agli stessi degli ampi spazi di libertà contrattuale che, invece, sono limitati anche in riferimento agli elementi patrimoniali.

Com'è stato autorevolmente scritto, "l'autonomia negoziale non è un valore in sé"⁵⁵, nel senso che gli interessi e gli scopi che intendono perseguire devono essere bilanciati con le esigenze di garanzia del soggetto contrattualmente svantaggiato ed esige sempre un giudizio di meritevolezza⁵⁶. Eppure, proprio perché la convivenza non è inquadrabile in schemi predeterminati, ma, anzi, risulta fisiologicamente modellata sugli interessi di ogni singola

diversa da quella coniugale, di pesi, oneri ed orpelli para-matrimoniali, del tutto superflui, se non addirittura dannosi. Questo è proprio il caso del citato comma 56, che si "giustifica" in un'ottica puramente "matrimoniale", posto che, mentre ha un senso stabilire che il matrimonio, per la "gravità" del vincolo che lo caratterizza, e, soprattutto, per il fatto di essere un negozio giuridico essenzialmente personale, non possa essere sottoposto a termini o condizioni, non ha, invece, costruito alcuno stabilire lo stesso principio per un contratto che, come quello di convivenza, si colloca all'interno di un genus caratterizzato dalla patrimonialità degli effetti e per il quale l'apposizione di termini e condizioni risulta un quid del tutto "normale". Tant'è vero che, anche nel campo coniugale, l'apponibilità di termini e condizioni (non al negozio matrimoniale in sé, ma) alle relative convenzioni patrimoniali appare in tutto e per tutto ammissibile".

⁵⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 942.

⁵⁶ S. SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, cit., p. 232 ss.; S. SICA – M. MESSINA, *Famiglia non fondata sul matrimonio e autonomia negoziale*, op.cit., p. 409 ss.



coppia⁵⁷, i rigorosi limiti introdotti dalla legge rischiano di non garantire il soddisfacimento di interessi che, in concreto, ben potrebbero superare positivamente il suddetto controllo.

È indubbio che il contratto così come previsto dalla normativa vigente – con tutti i dubbi ermeneutici che continua a suscitare – non abbia ricevuto una grande applicazione nella realtà sociale. Il timore è un ritorno alla disciplina di diritto comune, caratterizzata da un elevato grado d'incertezza (seppure più chiara di quella oggetto della riforma!) e capace però di elidere quegli spazi garantistici favorevoli al partner debole con la conseguenza finanche di frustrare o comunque svilire la *ratio legis*.

⁵⁷ L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Tratt. Bessone*, I, Torino, 2010, *passim*; P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'«unità della famiglia»*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, *passim*; ID., *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994, p. 219; D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., p. 138; F. VARI, *Unità nella diversità: famiglia, unioni more uxorio e altre forme di convivenza tra principi costituzionali, suggestioni comparatistiche e diritto comunitario*, in AA.VV., *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, p. 209 ss.; V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 5, p. 1043.



GIURISPRUDENZA

RESPONSABILITÀ SANITARIA - ATTIVITÀ MEDICO - CHIRURGICA - DANNI IN MATERIA

CIVILE. CASS. CIV. SEZ. III, 19 MAGGIO 2017, SENT. N. 12597

In tema di responsabilità sanitaria, qualora un intervento operatorio, sebbene eseguito in modo conforme alla *lex artis* e non determinativo di un peggioramento della condizione patologica che doveva rimuovere, risulti, all'esito degli accertamenti tecnici effettuati, del tutto inutile, ove tale inutilità sia stata conseguente all'omissione da parte della struttura sanitaria dell'esecuzione dei trattamenti preparatori a quella dell'intervento, necessari, sempre secondo la *lex artis*, per assicurarne l'esito positivo, nonchè dell'esecuzione o prescrizione dei necessari trattamenti sanitari successivi, si configura una condotta della struttura che risulta di inesatto adempimento dell'obbligazione. Essa, per il fatto che l'intervento si è concretato in una ingerenza inutile sulla sfera psico-fisica della persona, si connota come danno evento, cioè lesione ingiustificata di quella sfera, cui consegue un danno-conseguenza alla persona di natura non patrimoniale, ravvisabile sia nella limitazione e nella sofferenza sofferta per il tempo occorso per le fasi preparatorie, di esecuzione e postoperatorie dell'intervento, sia nella sofferenza ricollegabile alla successiva percezione della inutilità dell'intervento.

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 2460/2014 proposto da:

F.M., (OMISSIS), domiciliata ex lege in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dall'avvocato FILIPPO PUGLIESI giusta procura speciale a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro



CASA DI CURA VILLA ESTHER S.R.L., in persona dell'Amministratore Delegato e legale rappresentante p.t. sig.ra FE.AN.MA., domiciliata ex lege in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dagli avvocati GUGLIELMO D'AMBROSIO, GIOVANNI SALLUSTRI giusta procura speciale a margine del controricorso;
- controricorrente -

e contro

ASSITALIA SPA;
- intimata -

avverso

la sentenza n. 3969/2012 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 03/12/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 13/10/2016 dal Consigliere Dott. RAFFAELE FRASCA;

udito l'Avvocato ENRICA FASOLA per delega;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. DE AUGUSTINIS Umberto, che ha concluso per l'accoglimento del 1 motivo di ricorso, assorbiti gli altri.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. F.M. ha proposto ricorso per cassazione contro la Casa di Cura Villa Ester E. Percipese s.p.a. e la s.p.a. Assitalia, avverso la sentenza del 3 dicembre 2012, con cui la Corte d'Appello di Napoli ha rigettato il suo appello avverso la sentenza del Tribunale di Avellino del marzo del 2006, con la quale era stata rigettata la domanda, con cui nel gennaio del 2001, essa ricorrente aveva chiesto la condanna della Casa di Cura al risarcimento dei danni asseritamente sofferti in conseguenza di un intervento chirurgico di "stabilizzazione della spalla sinistra", al quale si era sottoposta presso di essa nel gennaio del 2001. Nel relativo giudizio la convenuta aveva chiamato in garanzia la società assicuratrice.
2. Al ricorso, che prospetta tre motivi, ha resistito con controricorso soltanto la Casa di Cura Villa Ester E. Percipese, mentre non ha svolto attività difensiva la società assicuratrice.
3. La ricorrente ha depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo si deduce "violazione degli artt. 1176, 1218, 1223, 1226, 2043 e 2049 c.c. , e dell'art. 196 c.p.c. , in relazione all'art. 360 c.p.c. , comma 1, n. 3 – omesso esame del risultato della prestazione medica per la formulazione del giudizio di inadempimento e del grado di diligenza impiegato dal professionista - difetto di attribuzione dell'o-



nere della prova i tema di inadempimento - omesso ingiusto diniego di riconoscimento del danno a seguito dell'inesatto inadempimento".

1.1. L'illustrazione del motivo esordisce con il riprodurre quanto si era dedotto con il primo motivo di appello, che risulta avere avuto il seguente tenore: "La menomazione clinica funzionale della spalla sinistra è più grave rispetto allo stato antecedente l'intervento. A ciò andava aggiunto il danno psichico reattivo della paziente di fronte alla delusione provata per l'intervento subito privo di efficacia. Suffragano tale convincimento le certificazioni specialistiche neuropsichiatriche in atti. Tutto ciò concretizza un danno alla persona che si struttura soprattutto come danno biologico, come danno alla salute ed alla qualità della vita della giovane paziente ancora nubile. Era giusto riconoscere, pertanto, un'invalidità permanente, conseguente all'intervento e alle omesse prescritte terapie nella misura non inferiore al 15% . Andava pure considerato ai fini risarcitori lo stato di disoccupazione dell'appellante pure conseguente all'intervento e alla omissione di cure; oltre alla detta invalidità permanente andava pure riconosciuto una invalidità temporanea di giorni 60 ed una progressiva invalidità parziale, in aggiunta al danno morale che andava liquidato con criterio equitativo".

1.2. L'illustrazione passa, poi, a riprodurre la motivazione con cui la Corte partenopea ha rigettato il primo motivo di appello, scrivendo quanto segue: "Come già posto in evidenza dal Tribunale, il consulente tecnico d'ufficio nominato in primo grado ha chiaramente rappresentato che non sussistono lesioni nè postumi conseguenti all'intervento chirurgico di stabilizzazione della spalla sinistra e che inoltre a seguito dell'intervento chirurgico predetto non sono derivate lesioni che possano determinare invalidità permanente nè temporanea a carico dell'originaria parte attrice e ancora che l'intervento chirurgico in questione è stato correttamente eseguito, così come può evincersi dall'esame clinico della paziente e dalla lettura della cartella clinica e della descrizione dello stesso intervento. Tali valutazioni appaiono ampiamente motivate e pienamente condivisibili anche da parte di questo Collegio, dovendo altresì escludersi che nella fattispecie vi sia materia per la rinnovazione della consulenza tecnica d'ufficio svolta in primo grado".

1.3. Si procede, poi, a riprodurre le conclusioni del c.t.u. nominato dal Tribunale, che – per quanto in questa sede interessa - risultano avere il seguente tenore: "a) non sussistono lesioni postume all'intervento chirurgico di stabilizzazione della spalla sinistra; b) dall'anamnesi non si sono evidenziate altri precedenti morbosì che potessero influenzare il risultato dell'intervento chirurgico; c) a seguito dell'intervento non sono derivate lesioni che possono determinare una invalidità permanente; (...) f) anche se l'intervento è stato correttamente eseguito, così come si evince dall'esame clinico della paziente e dalla lettura della descrizione dello stesso intervento, dobbiamo dire che l'intervento eseguito non era adeguato alle condizioni dell'attore (sic) al momento dell'intervento stesso, tenendo conto che i normali criteri diagnostici necessari e sufficienti per l'instabilità anteriore di spalla non traumatica avrebbero dovuto indirizzare verso un trattamento di riabilitazione che avrebbe dovuto essere di preparazione all'intervento". La consulenza tecnica è detta depositata nella produzione di questo grado come documento n. 6.

1.4. Dopo avere rilevato che il Tribunale aveva motivato il rigetto della domanda, pur avendo ravvisato nella condotta del personale medico della struttura sanitaria una colpa professionale, si riproduce, poi, la motivazione in parte qua resa dal Tribunale, che è nei seguenti termini: "nella specie non risulta essere stati effettuati nè prescritti all'attrice trattamenti di riabilitazione di preparazione dell'intervento chirurgico o successivi ad essi (cfr. le conclusioni del ctu e la "cartella di dimissione" dalla clinica, nella quale si legge solo la prescrizione di trattamento farmacologico ed il consiglio dell'uso di tutori). Ebbene, può con-



dividersi la conclusione del ctu (immune da vizi procedurali e logici e confortata dai necessari accertamenti) secondo cui l'intervento chirurgico risulta essere "stato perfettamente eseguito" e che non sussistono lesioni postume all'intervento chirurgico", tanto meno "lesioni che possono determinare una invalidità permanente" (...). Tuttavia, non può non sottolinearsi l'inidoneità della complessiva cura della paziente, essendo evidente, e rimarcato dall'ausiliario del giudice, che l'intervento non era adeguato alle condizioni dell'attrice, in quanto non preceduto da idoneo trattamento preparatorio nè è stato seguito da necessario trattamento di riabilitazione". La sentenza di primo grado viene indicata come presente nelle produzioni di grado di appello.

1.5. Dopo tali ampie riproduzioni, le ragioni a sostegno del motivo sono svolte in questi termini:

a) la decisione impugnata, adagiandosi su quella di primo grado, avrebbe violato l'art. 1176 c.c. , perchè avrebbe "omesso di considerare che il medico, e lo specialista in particolare, è tenuto a fornire non una qualsiasi prestazione bensì una prestazione qualificata in considerazione del suo grado di specializzazione e abilità tecnico-scientifica ed in questo contesto la sua prestazione", al contrario di come avrebbe argomentato la Corte territoriale, "non deve valutarsi considerando un risalente indirizzo che qualificava la prestazione del medico e quella dei professionisti in genere come obbligazione di soli mezzi e non di risultato (Cass. n. 8826 del 2007)";

b) da tanto conseguirebbe che la corretta esecuzione dell'intervento per come ritenuta dal c.t.u., in presenza di insuccesso avrebbe dovuto considerarsi determinativa di una "responsabilità da insuccesso per il mancato conseguimento del risultato sperato (...) ove il professionista ovvero la struttura sanitaria non dimostri che l'insuccesso dell'intervento è stata causato da impedimento non prevedibile e superabile (art. 1218 c.c.), con la diligenza professionale contemplata dal' art. 1176 c.c. ";

c) erroneamente sarebbe stato affermato dai giudici di merito "che l'intervento è stato correttamente eseguito (...) anche se non è conseguito alla paziente alcun risultato", mentre "Io stato di salute inalterato a seguito dell'intervento determina un giudizio di inutilità dell'intervento con tutte le conseguenze di natura patrimoniale e non patrimoniale dovute alla persistenza della patologia. Ingiustamente la Corte d'Appello, nel riportarsi alla decisione del Tribunale, non ha ravvisato i danni conseguenti all'insuccesso dell'intervento "nè i danni di carattere fisico e psicologico spese e sofferenza patita, conseguenze psicologiche dovute alla persistenza della patologia dalla prospettiva di subire una nuova operazione" (Cass. 8826 del 13/4/2007), limitando il suo esame alla sussistenza di "lesioni e postumi conseguenti all'intervento chirurgico".

2. Il motivo è fondato.

2.1. In via preliminare si rileva che sono prive di pregio le eccezioni di inammissibilità, formulate riguardo ad esso dalla resistente. In primo luogo, il motivo, a differenza di quanto sostiene la resistente, pone una quaestio iuris e non una quaestio facti, riconducibile all'art. 360 c.p.c., n. 5. Vi si lamenta che la Corte territoriale abbia omesso di riconoscere l'esistenza di danno risarcibile, dando rilievo soltanto alla circostanza che l'esecuzione dell'intervento, in quanto avvenuta correttamente, non aveva determinato un peggioramento dello stato di salute della ricorrente e, quindi, una sua rilevanza anche causativa di un danno patrimoniale, omettendo, invece, di considerare che l'intervento stesso si era però pacificamente rivelato inutile e che, proprio per tale inutilità, la conseguente incidenza sulla sfera personale della ricorrente proprio perciò era da considerare foriera di danni.



Lo scrutinio del motivo è, d'altro canto, possibile confrontando la sua illustrazione con la motivazione della sentenza impugnata, mentre sono state riprodotte la consulenza e la sentenza di primo grado, sicchè è priva di pregio l'evocazione del principio di autosufficienza. La sollecitazione espressa dal motivo, d'altro canto, proprio perchè pone una questione di puro diritto, non involge affatto un riesame del merito, ma chiede alla Corte di valutare se, con riferimento al profilo che si dice non considerato, la Corte territoriale ha male applicato i principi sulla responsabilità sanitaria.

2.2. Le ragioni di fondatezza del motivo si configurano, considerando il rilievo del dato pacifico - ritenuto dal c.t.u. in primo grado, condiviso dal giudice di primo grado, e, quindi, anche da quello della sentenza impugnata - che, per usare le parole del c.t.u. "anche se l'intervento (era) stato correttamente eseguito, così come si evince(va) dall'esame clinico della paziente e dalla lettura della descrizione dello stesso intervento, (...) l'intervento eseguito non era (stato) adeguato alle condizioni dell'attrice al momento dell'intervento stesso, tenendo conto che i normali criteri diagnostici necessari e sufficienti per l'instabilità anteriore di spalla non traumatica avrebbero dovuto indirizzare verso un trattamento di riabilitazione che avrebbe dovuto essere di preparazione all'intervento".

Si deve notare che questo dato, già condiviso, come si è visto, dal primo giudice, lo è stato anche da parte della Corte territoriale, sebbene non nella motivazione riportata nell'illustrazione del motivo in esame e sopra riportata, bensì nella motivazione con cui è stato rigettato il secondo motivo di gravame, con cui, si dice nella sentenza, l'appellante aveva lamentato la ingiusta mancata inclusione del danno da chance nella domanda di riconoscimento di liberazione di tutti danni così come formulata in primo grado.

Si legge, infatti, nella sentenza impugnata quanto segue: "al riguardo osserva il Collegio che il primo giudice, pur ritenendo l'intervento chirurgico eseguito a regola d'arte, ha singolarmente ritenuto, collegandosi ad alcune considerazioni svolte dal consulente tecnico d'ufficio, (...) che, al di là dell'intervento chirurgico la prestazione sanitaria nel suo complesso non sarebbe stata adeguata alle condizioni dell'attrice, in quanto non preceduta da un idoneo trattamento preparatorio nè seguita da un necessario trattamento di riabilitazione". Ebbene, l'indicato dato pacifico evidenzia che la ricorrente venne sottoposta ad un intervento chirurgico e, dunque, ad una ingerenza sulla propria sfera psico-fisica, in mancanza delle condizioni di preparazione necessarie per il successo dell'intervento, cioè per la rimozione della patologia, cui l'intervento doveva essere funzionale, e senza che, dopo la sua esecuzione, si prescrivesse la terapia riabilitativa parimenti necessaria per il suo successo. A causa di questo duplice comportamento omissivo, l'esecuzione dell'intervento è risultata inutile, nonostante la correttezza della tecnica impiegata per eseguirlo, e ciò è stato percepito sia dal primo giudice che dal secondo, i quali vi hanno anche ravvisato una condotta di inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria.

I giudici di merito, però, pur avendo ravvisato una condotta inadempiente, non l'hanno esattamente apprezzata ai fini della causazione del danno.

Hanno dato rilievo solo alla circostanza che non era peggiorata la situazione patologica su cui l'intervento era stato eseguito e al fatto che, pertanto, mancava un danno alla sfera fisica della ricorrente, sotto il profilo di una diminuzione della sua condizione fisica rispetto a quella che essa, a causa della limitazione derivante dalla patologia, aveva prima dell'intervento (danno non patrimoniale alla persona quanto alla sfera dell'integrità fisica), ed un danno consequenziale alla capacità patrimoniale della medesima (in quanto correlata alla condizione fisica pregressa all'intervento e gravata dalla patologia).



Ma in tal modo hanno del tutto trascurato che l'esecuzione dell'intervento, pur corretta nelle sue modalità, a cagione del comportamento omissivo preparatorio e di quello successivo inerente alla prescrizione della riabilitazione, si era concretata in una ingerenza nella sfera psico-fisica della F. del tutto inutile e come tale priva di giustificazione, perché oggettivamente inidonea e non finalizzata all'eliminazione della patologia. E, dunque, del tutto priva di corrispondenza alla *lex artis* sanitaria riguardo alla tipologia di intervento eseguita e, pertanto, non considerabile come condotta di adempimento corretto dell'obbligazione assunta dalla struttura.

Obbligazione che comprendeva certamente, per quanto accertato dal c.t.u. e condiviso dagli stessi giudici di merito, sia l'esecuzione delle attività preparatorie indispensabili per la riuscita dell'intervento sia l'esecuzione delle attività riabilitative o la prescrizione alla F. di doverle eseguire.

La condotta di inadempimento ravvisabile in questi due comportamenti omissivi ha determinato un c.d. danno evento, rappresentato dall'essersi verificata un'ingerenza nella sfera psico-fisica della F. del tutto ingiustificata e non giustificata dal consenso da essa data all'intervento, che, evidentemente, ineriva ad un'esecuzione conforme alla *lex artis*, in quanto comprendente le condotte omesse, attesa la loro indefettibilità per la consecuzione della guarigione. In tal modo, ex ante rispetto all'intervento, cioè all'ingerenza, la guarigione non appariva in alcun modo verificabile, mentre l'intervento era stato richiesto per conseguirla. L'intervento, configurandosi come votato all'insuccesso, è risultato inutile e, dunque, privo di giustificazione, così realizzando una lesione per ingerenza sulla sfera psico-fisica della F. del tutto ingiustificata.

Tale lesione si è concretata certamente in un danno c.d. conseguenza, che si identifica a) sia nella menomazione delle normali implicazioni dell'agire della persona e, quindi, nella relativa sofferenza per la detta privazione, per tutto il tempo preparatorio dell'intervento, durante quello necessario per la sua esecuzione e durante quello occorso per la fase postoperatoria: è palese che, per il tempo della durata di questi accadimenti, la F. si è trovata a subire menomazioni al suo agire, derivanti dall'ingerenza sulla sua persona, che si sono concretate, per la loro attitudine limitativa delle normali esplicazioni dell'agire, in una invalidità totale e/o parziale e, dunque, come tali da esse si debbono considerare come danno non patrimoniale alla persona;

b) sia nella sofferenza notoriamente ricollegabile alla successiva percezione dell'esito non risolutivo dell'intervento: sofferenza che, alla stregua delle note sentenze delle Sezioni Unite c.d. di San Martino, si concretò anch'essa in lesione della sfera psico-fisica della F.. L'esistenza di questi danni-conseguenza è stata illegittimamente negata e, pertanto, la sentenza è erronea, là dove non li ha riconosciuti e non ha proceduto alla loro liquidazione e quantificazione.

Il motivo è, pertanto, accolto sulla base del seguente principio di diritto: "in tema di responsabilità sanitaria, qualora un intervento operatorio, sebbene eseguito in modo conforme alla *lex artis* e non determinativo di un peggioramento della condizione patologica che doveva rimuovere, risulti, all'esito degli accertamenti tecnici effettuati, del tutto inutile, ove tale inutilità sia stata conseguente all'omissione da parte della struttura sanitaria dell'esecuzione dei trattamenti preparatori a quella dell'intervento, necessari, sempre secondo la *lex artis*, per assicurarne l'esito positivo, nonchè dell'esecuzione o prescrizione dei necessari trattamenti sanitari successivi, si configura una condotta della struttura che risulta di inesatto adempimento dell'obbligazione. Essa, per il fatto che l'intervento si è concretato in una ingerenza inutile sulla sfera psico-fisica della persona, si connota come danno evento, cioè



lesione ingiustificata di quella sfera, cui consegue un danno-conseguenza alla persona di natura non patrimoniale, ravvisabile sia nella limitazione e nella sofferenza sofferta per il tempo occorso per le fasi preparatorie, di esecuzione e postoperatorie dell'intervento, sia nella sofferenza ricollegabile alla successiva percezione della inutilità dell'intervento". Il giudice di rinvio procederà a decidere applicando tale principio.

Inoltre, è palese che, ove le allegazioni e le risultanze probatorie esistenti già in atti, evidenziassero che durante la fase preparatoria, di esecuzione e postoperatoria, la F. avesse subito danni patrimoniali in ragione di una invalidità temporanea ricollegata a tali attività, il giudice di rinvio dovrà tenerne conto. La stessa cosa dicasi di eventuali ulteriori danni patrimoniali ricollegabili all'ingerenza inutilmente subita, siccome apprezzabile come "tempo perso" per intervenire risolutivamente.

3. Con il secondo motivo si denuncia "violazione degli artt. 1223, 2059 e 2043 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 - ingiusta ed illegittima esclusione del danno da chance dalla classificazione dei danni in danni patrimoniali e non patrimoniali come stabilito dalla Suprema Corte di Cassazione".

Sul presupposto che nell'atto di appello era stata chiesta la liquidazione del danno da perdita di chance, la cui sussistenza era stata accertata dal primo giudice, ma non ritenuta liquidabile perché a suo dire non era stato chiesto quel danno, mentre esso doveva reputarsi compreso nell'ampia formula di "risarcimento di tutti i danni" "conseguenti alla omessa prestazione sanitaria di preparazione all'operazione di stabilizzazione della spalla, oltreché successivo a questa per la omessa gravemente colposa non prescritta cura riabilitativa", si critica la motivazione della sentenza impugnata, là dove essa ha rigettato l'appello così motivando: "per quanto riguarda la ritenuta mancata inclusione del danno da chance nella domanda di riconoscimento in liquidazione dei danni proposta in primo grado, l'appellante sostiene che, nell'ambito della domanda, così come proposta in primo grado nei termini riportati in narrativa, avrebbe dovuto ritenersi compresa anche la richiesta di liquidazione del danno da perdita di chance. Anche tale doglianza è infondata. La S.C. ha avuto modo di chiarire, sullo specifico punto, che la perdita per il paziente della chance di conseguire un risultato utile in conseguenza di una prestazione sanitaria, configura una voce di danno che va commisurato alla perdita della possibilità di conseguire un risultato positivo e non alla mera perdita del risultato stesso e che la relativa domanda è comunque domanda diversa rispetto a quella di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato (Cass. n. 4400/2004)".

3.1. Il motivo è fondato nei termini che seguono. Il principio di diritto di cui a Cass. n. 4400 del 2004, pur confermato da Cass. n. 21245 del 2012, è stato successivamente superato da Cass. n. 7193 del 2015, secondo cui: "In tema di responsabilità civile, la domanda di risarcimento di tutti i danni, patrimoniali e non, derivanti da un illecito aquiliano, esprime la volontà di riferirsi ad ogni possibile voce di danno, a differenza di quella che indichi specifiche e determinate voci, sicché, pur quando in citazione non vi sia alcun riferimento, si estende anche al lucro cessante (nella specie, perdita di "chance" lavorativa), la cui richiesta non può, pertanto, considerarsi domanda nuova, come tale inammissibile".

Il Collegio intende dare continuità a tale principio di diritto, che correttamente si rifiuta di considerare come una domanda diversa, l'invocazione del danno da perdita di chance, essendo tale perdita solo una componente dell'unico diritto al risarcimento del danno insorto dall'illecito e bastando la formulazione con cui nella domanda si chiedi il risarcimento di tutti i danni a comprenderlo, altro essendo il problema dell'individuazione e, quindi, dell'al-



legazione dei fatti costitutivi di questa tipologia di danni, che, evidentemente, possono e debbono essere specificamente allegati nell'atto introduttivo, ma anche, in una situazione di incertezza, emergere dall'espletamento dell'istruzione, specie se avvenuta mediante consulenza tecnica

La Corte territoriale nella sua motivazione ha dato rilievo al principio di diritto risalente alla sentenza del 2004 e, dunque, per tale ragione ha errato. D'altro canto, è vero che nella sua motivazione ha, poi, osservato che "nella fattispecie, con la sua citazione introduttiva del presente giudizio, l'attuale appellante non ha fatto alcun riferimento neppure in via alternativa o subordinata al danno da perdita di chance, sicchè correttamente il tribunale ha escluso di poter prendere in esame la domanda di risarcimento del danno subito dalle specifico profilo".

Senonché, tale affermazione risulta dipendente dall'applicazione del suddetto principio di diritto ed evidenzia solo che è stata censurata la mancanza di un espresso riferimento nella citazione introduttiva di un riferimento alla chance, che, dunque, avrebbe dovuto essere aggiuntivo alla richiesta di tutti i danni.

L'affermazione, non considerata direttamente dalla ricorrente, non sottende, tuttavia, o almeno non in modo chiaro, che la prospettazione della citazione in ordine alla narrazione dei fatti palesasse allegazioni di circostanze evidenziatrici di danno da perdita di chance, come tali qualificabili dal giudice. E nemmeno si sa, d'altro canto, se la consulenza tecnica le avesse fatte emergere.

In tale situazione il relativo accertamento competerà al giudice di rinvio. 4. Con il terzo motivo si denuncia "violazione degli artt. 345 e 196 c.p.c. , in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 - negata ammissibilità del deposito della cartella clinica relativa al secondo intervento chirurgico subito dalla ricorrente in data 14/12/2009 omessa ingiusta rinnovazione delle indagini mediche - omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti - in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5".

La denunciata violazione sarebbe stata commessa dalla Corte territoriale con la seguente motivazione, che si coglie nell'incipit dei "motivi della decisione": "rileva innanzitutto il Collegio che la parte appellante deve formulare tutte le sue censure con l'atto d'appello e nulla può giungere nel prosieguo del giudizio perchè, in forza della regola della specificità dei motivi, con tale atto consuma definitivamente il diritto di impugnazione, fissando il limite di devoluzione della controversia in sede di gravame (Cass. 11386/1999; Cass. 578/1993). Le comparsa conclusionali, in particolare, hanno solo bisogno di illustrare le conclusioni già precisate e quindi motivi di appello già proposti e, pertanto, non possono contenere motivi o argomenti di impugnazione nuovi o riferiti a fatti diversi o a nuovi documenti nè, rispetto a questi, se proposti, può ipotizzarsi un'accettazione del contraddittorio ad opera delle controparti (cfr. ex plurimis: Cass. 982/1989; Cass. 1584/1987). Da ciò si desume che, poichè il mezzo (la comparsa conclusionale) non è idonea a contenere altro che l'illustrazione dei motivi di appello già presentati, ove con detta comparsa conclusionale siano stati introdotti nuovi motivi o nuove domande, non è necessaria neppure un'espressa statuizione di inammissibilità per novità degli stessi, potendo (e anzi dovendo) il giudice limitarsi ad ignorarle senza con ciò incorrere alla violazione dell'articolo 112 c.p.c. (Cass. 11175/2002; Cass. 16582/2005; Cass. 5478/2006)".

Vi si deduce che con tale motivazione la Corte territoriale avrebbe negato l'ammissibilità della produzione cartella clinica dell'Ospedale di (OMISSIS) attestante il secondo risolutivo intervento subito dalla ricorrente nel dicembre del 2009. La produzione era stata effettuata



con la conclusionale del 19 ottobre 2012 e la Corte territoriale avrebbe omissis di considerare che la data di formazione del documento era successiva alla scadenza del termine utile per il deposito dei documenti e non ne avrebbe valutato "l'utilità e la indispensabilità ai fini della decisione (...) per la sussistenza di un danno diverso da quello per perdita di chance di guarigione".

4.1. Il motivo è inammissibile.

Che con la motivazione sopra riportata la Corte territoriale abbia inteso riferirsi alla produzione della cartella clinica non lo si comprende in alcun modo, dato che essa non vi fa alcun riferimento e considerato che, se è vero che ragiona genericamente anche di documenti, prosegue alludendo all'essere deputata la conclusionale ad illustrare i motivi già presentati. Non solo: tutti i precedenti citati riguardano l'introduzione di motivi nuovi e non le nuove produzioni documentali.

In tale situazione, l'assoluta mancanza di riferimenti alla cartella, coniugata con il riferimento ai motivi, induce a ritenere che in alcun modo la Corte partenopea si sia occupata di considerare se la cartella si potesse considerare producibile. In pratica, la motivazione di cui si è detto sembra alludere ad un problema di novità di motivi, come, del resto, rivela il riferimento all'art. 112 c.p.c..

La questione della ritualità della produzione resterà esaminabile dal giudice di rinvio. Quanto osservato rende irrilevante anche in questo caso l'eccezione di inammissibilità formulata dalla resistente per difetto di autosufficienza.

5. Conclusivamente, sono accolti per quanto di ragione il primo ed il secondo motivo, è dichiarato inammissibile il terzo. La sentenza è cassata in relazione alle ragioni di accoglimento dei primi due motivi, con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello di Napoli, comunque in diversa composizione. Il giudice di rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo ed il secondo motivo di ricorso. Dichiaro inammissibile il terzo. Cassa la sentenza in relazione e rinvia ad altra sezione della Corte d'Appello di Napoli, comunque in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di cassazione. Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Terza Civile, il 13 ottobre 2016.

Depositato in Cancelleria il 19 maggio 2017.

“HANDLER” AEROPORTUALE - RESPONSABILITÀ CIVILE - QUALIFICAZIONE COME AUSILIARIO DEL VETTORE AEREO - CONSEGUENZE RISARCITORIE - CONVENZIONE DI MONTREAL SULLA RESPONSABILITÀ - APPLICABILITÀ



CASS., SEZ. UN., 20 SETTEMBRE 2017, N. 21850

All'operatore di "handling" va riconosciuta la posizione di ausiliario del vettore aereo, con le seguenti conseguenze: (a) il trasporto della merce inizia quando il mittente la consegna all'"handler" nell'aeroporto di partenza ed ha termine quando l' "handler" la consegna al destinatario in quello di destinazione; (b) il vettore è responsabile del fatto colposo dell'"handler"; (c) questi non risponde a titolo contrattuale nei confronti del mittente o del destinatario essendo il fatto dell'ausiliario imputabile "*ex contractu*" al debitore (vettore) e non al suo autore materiale ("handler"); (d) il fatto dell'ausiliario, in ipotesi di condotta dolosa o colposa, è peraltro imputabile al suo autore a titolo extracontrattuale, cosicché l'"handler" risponde nei confronti del destinatario della merce ex art. 2043 c.c., in solido con il vettore; (e) in quanto ausiliario del vettore aereo, l' "handler", pur rispondendo a titolo extracontrattuale, può beneficiare delle limitazioni di responsabilità, come espressamente previsto dal combinato disposto degli artt. 22 e 30 della Convenzione di Montreal, nonché della disciplina uniforme convenzionale dettata in tema di decadenza dall'azione risarcitoria e di prescrizione del diritto al risarcimento del danno.

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. CANZIO Giovanni - Primo Presidente -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di sez. -
Dott. MAZZACANE Vincenzo - Presidente di sez. -
Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Rel. Presidente di sez. -
Dott. BIANCHINI Bruno - Consigliere -
Dott. CAMPANILE Pietro - Consigliere -
Dott. TRIA Lucia - Consigliere -
Dott. DE CHIARA Carlo - Consigliere -
Dott. FRASCA Raffaele - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 907-2013 proposto da:

SEA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA G.B. MARTINI 13, presso lo STUDIO LEGALE ANDREA DI PORTO, rappresentata e difesa dall'avvocato GAETANO MORAZZONI, per delega a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro

SEA HANDLING S.P.A.;
- intimata -



ALPHA AIRPORT S.P.A. - Società Unipersonale, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA ADRIANA 5, presso lo studio dell'avvocato DE MARTINO SIMONE, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato MARCELLO GHELARDI, per delega in calce al ricorso successivo;

- ricorrente successivo –

contro

SEA HOLDING S.P.A.;

- intimata –

KLM KONINKLIJKE LUCHTVAART MAATSCHAPPIJ NV (REALI LINEE AEREE OLANDESI), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE CASTRO PRETORIO 122, presso lo studio dell'avvocato MARIO VALENTINI, rappresentata e difesa dall'avvocato GABRIELE BRICCHI, per procura speciale in atti;

- controricorrente e ricorrente incidentale –

FERRARI S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA G.G. PORRO 8, presso lo studio dell'avvocato ANSELMO CARLEVARO, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati FILIPPO BRUNO e MASSIMO MORDIGLIA, per delega in calce ai controricorsi e ricorsi incidentali;

- controricorrenti e ricorrenti incidentali -

contro

SEA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA G.B. MARTINI 13, presso lo STUDIO LEGALE ANDREA DI PORTO, rappresentata e difesa dall'avvocato GAETANO MORAZZONI, per delega a margine del controricorso;

KLM KONINKLIJKE LUCHTVAART MAATSCHAPPIJ NV (REALI LINEE AEREE OLANDESI), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE CASTRO PRETORIO 122, presso lo studio dell'avvocato MARIO VALENTINI, rappresentata e difesa dall'avvocato GABRIELE BRICCHI, per procura speciale in atti;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 3405/2012 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 23/10/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 06/12/2016 dal Presidente Dott. GIACOMO TRAVAGLINO;

uditi gli avvocati Gaetano MORAZZONI, Marcello GHELARDI, Gabriele BRICCHI e Marco LENTI per delega dell'avvocato Filippo Bruno;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. IACOVIELLO Francesco Mauro,



SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Nell'ottobre del 2004 la società FERRARI, spedizioniere professionale, ricevette l'incarico dalla propria cliente Songa s.p.a. di stipulare un contratto di trasporto con un vettore aereo per la spedizione di un collo contenente gioielli destinato alla Cartish s.a..

1.2. Sottoscritta la lettera di vettura con la quale il vettore aereo KLM assumeva l'incarico del trasporto della merce dall'aeroporto di (OMISSIS) a quello di (OMISSIS), la Ferrari, su indicazione del vettore, consegnò il collo alla società di handling (OMISSIS) s.p.a. 1.3. Quest'ultima, ricevuto il collo già sigillato, lo aveva custodito per una notte nel suo deposito blindato, per poi consegnarlo, il mattino successivo, ad una guardia giurata dipendente della società di gestione aeroportuale SEA s.p.a., perchè lo scortasse sino all'aeromobile, dove fu caricato.

1.4. All'arrivo all'aeroporto di destinazione, i dipendenti della KLM accertarono che i preziosi erano stati trafugati e sostituiti con un mattone.

2. Dopo aver corrisposto alla propria cliente l'importo di circa 150 mila dollari a ristoro del furto - così surrogandosi nei diritti del mittente in forza di quietanza con cessione del 23 maggio 2005 -, la FERRARI convenne dinanzi al Tribunale di Milano il vettore KLM per il risarcimento del danno.

2.1. Quest'ultimo, proposta *in limine litis* l'eccezione di estinzione del diritto azionato per essere ormai decorso il termine di 15 giorni previsto dall'art. 31 della Convenzione di Montreal sul trasporto aereo internazionale (ratificata e resa esecutiva in Italia con L. n. 12 del 2004), chiese ed ottenne di chiamare in causa la società di handling ALHA AIRPORT s.p.a., la società di gestione aeroportuale SEA s.p.a. e la SEA HANDLING s.p.a., da ritenersi, separatamente o congiuntamente, responsabili dell'illecito contestato, per esserne manlevato in caso di soccombenza.

2.2. In seguito alla costituzione in giudizio delle società chiamate, la FERRARI s.p.a. estese ad esse l'originaria domanda risarcitoria.

2.3. Il Tribunale di Milano, respinte tutte le istanze istruttorie proposte dalle parti, con sentenza del 10 agosto 2010 accolse la domanda nei confronti dell'ALHA AIRPORT s.p.a. e della SEA s.p.a., rigettando quella avanzata nei confronti della KLM e della SEA HANDLING. 2.4. Ritenne il giudice di prime cure che la KLM non fosse responsabile di quanto accaduto, poichè, al momento della sostituzione della merce, questa non le era stata ancora consegnata, e che la SEA HANDLING fosse a sua volta estranea ai fatti di causa, non avendo in alcun modo preso parte alle operazioni di carico, mentre la ALHA e la SEA, entrambe obbligate ex contractu alla custodia e alla riconsegna dei preziosi, non avevano offerto la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c. 3. La pronuncia è stata confermata dalla Corte di Appello di Milano con sentenza depositata il 23 ottobre 2012, sul rilievo che: la società di handling (l'ALHA AIRPORT) avesse concluso con il vettore KLM un contratto di deposito a favore del terzo (lo spedizioniere FERRARI), obbligandosi nei confronti del primo a ricevere dal secondo le merci da imbarcare, e così assumendo gli obblighi tipici del depositario - in particolare, quelli di custodire le cose e di consegnarle al vettore nell'interesse del proprietario; il contratto di deposito dovesse ritenersi autonomo e distinto dal contratto di trasporto stipulato dallo spedizioniere con il vettore aereo, così che la sua esecuzione si sarebbe potuta ritenere perfezionata soltanto con la consegna delle cose al vettore, mentre l'esecuzione del trasporto avrebbe avuto inizio solo nel momento della materiale consegna e della materiale apprensione della res da parte del vettore; - la perdita della cosa



prima della consegna al vettore integrava, pertanto, gli estremi dell'inadempimento del contratto di deposito a favore del terzo (di cui era responsabile l'handler in qualità di depositario-promittente) e non quella dell'inadempimento del contratto di trasporto (imputabile al vettore);

in quanto autore di una prestazione resa in esecuzione di un contratto autonomo e non in funzione accessoria al contratto di trasporto, l'handler non poteva ritenersi un "ausiliario" del vettore, di tal che non solo doveva ritenersi responsabile del danno cagionato dal suo inadempimento (mentre il vettore andava assolto da ogni responsabilità), ma non poteva neppure invocare le limitazioni di responsabilità stabilite, in favore del vettore e dei suoi dipendenti od incaricati, dagli artt. 22 e 30 della Convenzione di Montreal; era altresì responsabile della perdita della cosa la società di gestione aeroportuale (SEA s.p.a.), che aveva assunto l'obbligo di scortare la merce all'aeromobile per il tramite della guardia giurata sua dipendente, mentre nessuna responsabilità poteva essere ravvisata nei confronti della SEA HANDLING s.p.a., che non aveva in alcun modo partecipato alle operazioni di carico.

4. La sentenza è stata impugnata dalla ALHA AIRPORT s.p.a. con ricorso principale, dalla SEA s.p.a. con ricorso che, notificato in epoca successiva a quello della ALHA, assume veste di ricorso incidentale, dalla KLM con ricorso incidentale (cui ha resistito con controricorso la SEA s.p.a.), e dalla FERRARI s.p.a. con ricorso incidentale condizionato, cui hanno resistito con controricorso la KLM e la SEA s.p.a.

4.1. Con il primo motivo del ricorso SEA (Violazione o falsa applicazione degli artt. 18, 30, 22 e 31 della Convenzione di Montreal, nonchè dell'art. 1411 c.c. - art. 360 c.p.c., n. 3), è dedotta l'errata collocazione del contratto di handling nella fattispecie normativa del deposito a favore di terzo, mentre la prestazione dell'handler avrebbe dovuto essere correttamente riferita, quale prestazione accessoria, al momento esecutivo del contratto di trasporto, con conseguente applicabilità all'handler (quale preposto del vettore) della normativa internazionale sul trasporto aereo.

4.2. Con il terzo motivo del ricorso AHLA - il cui esame nel merito non sarebbe impedito, secondo l'ordinanza interlocutoria di cui a breve si dirà, dalla delibazione delle eccezioni preliminari di inammissibilità e di giudicato sollevate dalle parti vittoriose nel giudizio di merito - la ricorrente ha censurato la sentenza impugnata lamentando, in particolare, che la Corte territoriale avrebbe errato nel non qualificare l'handler in termini di "ausiliario" del vettore aereo - e che, conseguentemente, l'azione di danno esercitata nei suoi confronti dallo spedizioniere non fosse soggetta ai termini di decadenza e ai limiti stabiliti dalla Convenzione di Montreal in favore del vettore e dei suoi dipendenti ed incaricati. A fondamento del proprio assunto difensivo, l'ALHA AIRPORT ha tratto argomento (oltre che dal novellato art. 953 c.p.c., da assumersi a canone interpretativo delle regole di diritto internazionale uniforme, ed in particolare di quella contenuta nell'art. 18 della Convenzione di Montreal), dal disposto dell'art. 1693 c.c., secondo cui il vettore è responsabile della perdita e della avaria delle cose consegnategli per il trasporto sino al momento in cui le riconsegna al destinatario. Sarebbe dunque il vettore il soggetto responsabile anche della perdita verificatasi, nella fase iniziale del trasporto, dopo l'affidamento delle cose da parte del mittente all'handler, in quanto quest'ultimo le riceverebbe per suo conto e nel suo interesse, onde la sua prestazione non sarebbe autonoma, ma accessoria a quella dovuta dal vettore in esecuzione del contratto di trasporto: l'handler sarebbe, dunque, un ausiliario del vettore e, in quanto tale, dovrebbe beneficiare delle limitazioni di responsabilità previste dal diritto internazionale pattizio sul trasporto aereo.



5. E' stata così sottoposta allo scrutinio della terza sezione di questa Corte la questione se, nel trasporto aereo di cose, l'attività espletata dalla società di handling - nel caso di specie, quella svolta nella fase iniziale del trasporto (allorchè l'handler riceve la merce dal mittente con l'obbligo di custodirla e di consegnarla al vettore), ma in genere anche quella svolta nella fase finale (allorchè l'handler riceve la merce dal vettore con l'obbligo di custodirla e consegnarla al destinatario):

- rientri funzionalmente nella complessiva prestazione dovuta dal vettore in esecuzione del contratto di trasporto;
- ovvero costituisca oggetto di obbligazioni derivanti in capo all'handler da un contratto distinto e autonomo, con conseguente imprevedibilità della qualificazione dell'handler come ausiliario del vettore aereo.

5.1. Dalla adottanda soluzione derivavano, *ictu oculi*, conseguenze diverse in ordine non solo ai rapporti tra vettore e handler, ma anche al regime di responsabilità nei confronti del terzo (il destinatario delle cose) titolare di diritti in base al contratto di trasporto e danneggiato dall'inesatta esecuzione della prestazione resa dall'handler. Nella prima ipotesi - riconosciuto, cioè, il carattere accessorio della prestazione eseguita dall'handler ed attribuita a quest'ultimo la qualifica di "ausiliario" del vettore - ne deriverebbe, sul piano della responsabilità verso il terzo danneggiato:

- a) che il vettore sarebbe contrattualmente responsabile ai sensi dell'art. 1228 c.c.;
- b) che non vi sarebbe una concorrente responsabilità contrattuale dell'handler, in quanto egli non è parte del rapporto obbligatorio;
- c) che egli risponderebbe, peraltro, in proprio, ai sensi dell'art. 2043 c.c., se fossero accertati e dimostrati tutti gli elementi costitutivi dell'illecito extracontrattuale;
- d) che la responsabilità extracontrattuale dell'handler - al pari di quella contrattuale del vettore - sarebbe soggetta alla disciplina stabilita dalla Convenzione di Montreal sul trasporto aereo internazionale, che prevede limitazioni di responsabilità in favore del vettore e dei suoi dipendenti e incaricati (artt. 22 e 30) e assoggetta l'esercizio dell'azione risarcitoria a ristretti limiti temporali (art. 35).

Nella seconda ipotesi, affermato il carattere autonomo della prestazione resa dall'handler ed escluso che egli rivesta la qualifica di "ausiliario" del vettore, ne deriverebbe:

- a) che il vettore non sarebbe responsabile della perdita delle cose trasportate nella fase in cui queste erano sottoposte alla custodia dell'handler nell'aeroporto di partenza, in quanto tale custodia non rientrerebbe tra le prestazioni dovute in base al contratto di trasporto, la cui esecuzione inizia dopo la consegna delle cose al vettore e termina con la riconsegna all'handler nell'aerostazione di arrivo delle merci;
- b) che la responsabilità graverebbe esclusivamente sull'handler e avrebbe natura contrattuale, in conseguenza dall'inadempimento di una obbligazione scaturente da uno specifico contratto di deposito, stipulato tra l'handler e il vettore (ovvero, secondo una diversa ricostruzione teoricamente possibile solo con riguardo alla fattispecie attinente alla fase antecedente al trasporto -, tra il mittente e l'handler) a favore del terzo proprietario delle cose, e distinto dal contratto di trasporto;
- c) che la responsabilità dell'handler non sarebbe soggetta alle limitazioni stabilite, in favore del vettore e dei suoi ausiliari, dalle regole del diritto internazionale pattizio sul trasporto aereo, in quanto il contratto stipulato dall'handler resterebbe disciplinato dalle norme del diritto comune.

6. Con ordinanza interlocutoria n. 3361 del 2016, la terza sezione civile di questa Corte, nel rimettere gli atti del procedimento al Primo Presidente, osserverà come la questione fosse



già stata più volte esaminata dalla giurisprudenza di legittimità, il cui orientamento appariva consolidato nel senso di affermare l'autonomia della prestazione dell'impresa esercente l'attività di handling rispetto al contratto di trasporto - così negandosi all'handler la qualifica di "ausiliario" del vettore, con tutte le conseguenze sopra evidenziate in ordine al regime di responsabilità verso il terzo danneggiato (Cass. 9357 del 1990; 8531 del 1992; 9810 del 1997; 18074 del 2003; 14593 del 2007).

A tale orientamento si era puntualmente conformata la Corte territoriale nel caso di specie.

6.1. Il collegio remittente rileverà, peraltro, che tale soluzione, ritenuta già di per sé criticabile perchè frutto di numerose incongruenze, oltre che in contrasto con l'orientamento prevalente nella giurisprudenza dei Paesi che aderiscono alle Convenzioni internazionali sul trasporto aereo, appariva altresì incoerente con il quadro normativo di riferimento, sia nazionale che europeo, evolutosi, nella prospettiva di una evidente "liberalizzazione" dei servizi di handling, da una situazione nella quale questi venivano esercitati in condizioni di sostanziale monopolio verso un regime in cui era riconosciuto e garantito il libero accesso al mercato della prestazione di tali servizi.

6.2. La circostanza che il vettore possa liberamente scegliere l'handler di cui avvalersi tra le imprese operanti in regime di libera concorrenza in ogni scalo aeroportuale doveva, pertanto, a tacer d'altro, indurre ad abbandonare l'orientamento tradizionale, adottando di converso un'interpretazione che individuasse nell'impresa esercente l'attività di handling un vero e proprio ausiliario del vettore aereo.

6.3. Gli atti del procedimento venivano così rimessi a queste sezioni unite, per la decisione sulla questione di massima di particolare importanza.

7. Osserva preliminarmente il collegio che la questione sarebbe oggi risolta de plano alla luce delle modifiche introdotte al codice della navigazione dal D.Lgs. 9 maggio 2005, n. 96 e dal D.Lgs. 15 marzo 2006, n. 151, che hanno proceduto alla revisione della sua parte aeronautica (artt. 687 e ss.), modificando significativamente, tra l'altro, la disciplina del trasporto aereo contenuta negli artt. 941-964.

7.1. In materia di trasporto aereo di cose (artt. 950 e ss.), oltre ad estendersi l'applicabilità delle Convenzioni internazionali anche ai trasporti nazionali ("ai quali non si applicherebbero per forza propria": così l'art. 951 nuovo testo cod. nav.), è stata interamente rivista la disciplina della responsabilità del vettore per la perdita delle cose consegnategli per il trasporto, stabilendosi che egli è responsabile "fino al momento della riconsegna al destinatario, anche se prima della riconsegna le cose siano affidate, o nell'interesse del vettore per esigenze della scaricazione o per ottemperare a un regolamento aeroportuale, ad un operatore di assistenza a terra o ad altro ausiliario" (art. 953, nuovo testo, cod. nav.).

7.2. L'esecuzione del contratto di trasporto non cessa, pertanto, con la consegna delle cose dal vettore all'handler, ma si estende sino al momento in cui quest'ultimo, in qualità di ausiliario del vettore (è significativo che la norma utilizzi espressamente questo termine), le affida al destinatario, con tutto ciò che ne consegue in ordine al fondamento, alla natura e ai limiti della responsabilità del debitore e dell'ausiliario nei confronti del creditore danneggiato.

7.3. Poichè, tuttavia, la novella non dispone che per l'avvenire, la questione oggi sottoposta all'esame del collegio mantiene la sua rilevanza in ordine alle fattispecie (quale quella odierna, che fa riferimento a fatti accaduti nel 2004) verificatesi prima dell'entrata in vigore delle modifiche apportate al codice della navigazione con il D.Lgs. n. 151 del 2006.



MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il ricorso ALHA AIRPORT s.p.a. si articola in 6 motivi.

Con il primo motivo (violazione e/o falsa applicazione dell'art. 454 c.n., comma 2, e art. 12 preleggi - art. 360 c.p.c., n. 3; omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso decisivo per il giudizio - art. 360 c.p.c., n. 5) la ricorrente ha dedotto che la Corte di Appello avrebbe indebitamente esteso ad una fattispecie concernente la fase anteriore al trasporto (nella quale l'handler riceve le cose in partenza dal mittente in vista della consegna al vettore) i principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità, mediante l'applicazione estensiva della norma sullo sbarco di amministrazione dettata per il trasporto navale (art. 454 cod. nav.), con riguardo a fattispecie concernenti la fase successiva al trasporto stesso (nella quale l'handler riceve le cose in arrivo dal vettore in vista della consegna al destinatario), in assenza dei presupposti dell'applicazione analogica.

Con il secondo motivo (violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1411 e/o 1777 e o 1778 c.c. - art. 360 c.p.c., n. 3; omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso decisivo per il giudizio - art. 360 c.p.c., n. 5) la ricorrente ha dedotto che la Corte di Appello avrebbe indebitamente esteso la ricostruzione del rapporto tra vettore e handler operata dalla giurisprudenza con riguardo alla fase successiva al trasporto (contratto di deposito concluso tra vettore-stipulante e handler-promittente in favore del terzo destinatario) anche alla fase antecedente al trasporto medesimo (ipotizzando un contratto di deposito concluso tra il vettore-stipulante e l'handler-promittente a favore del mittente), non ostante che tra le due fattispecie vi fosse una differenza strutturale (non coincidenza tra i soggetti titolati a ricevere le cose depositate) e funzionale (diversa finalità perseguita, nei due casi, dal vettore) ed in evidente distonia con quanto disposto dall'art. 1777 c.c. (secondo cui il terzo beneficiario deve individuarsi nella persona indicata dal depositante per ricevere la cosa e non nel soggetto nel cui interesse il deposito è effettuato) e dall'art. 1773 stesso codice, secondo cui il terzo interessato, comunicando la sua adesione, può solo impedire al depositario di liberarsi restituendo la cosa al depositante o al suo indicato.

Con il terzo motivo (violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30 della convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 - art. 360 c.p.c., n. 3; omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso decisivo per il giudizio - art. 360 c.p.c., n. 5) l'ALHA AIRPORT ha dedotto che la corte di merito avrebbe errato nel ritenere che l'handler non fosse un "ausiliario" del vettore aereo - e che, conseguentemente, l'azione di danno esercitata nei suoi confronti dallo spedizioniere non fosse soggetta ai termini di decadenza e ai limiti stabiliti dalla Convenzione di Montreal in favore del vettore e dei suoi dipendenti ed incaricati. Per sostenere tale opinione l'ALHA AIRPORT s.p.a. ha tratto argomento (oltre che dal rinnovato art. 953 cod. nav., da assumersi quale canone interpretativo delle regole di diritto internazionale uniforme, ed in particolare di quella contenuta nell'art. 18 della Convenzione di Montreal), dal disposto dell'art. 1693 c.c., secondo cui il vettore è responsabile della perdita e della avaria delle cose consegnategli per il trasporto sino al momento in cui le riconsegna al destinatario. Egli sarebbe dunque responsabile anche della perdita verificatasi, nella fase finale del trasporto, dopo lo scarico delle merci e il loro affidamento al gestore dei servizi di assistenza a terra; parimenti, il vettore sarebbe responsabile della perdita verificatasi, nella fase iniziale del trasporto, dopo l'affidamento delle cose da parte del mittente all'handler, in quanto quest'ultimo le riceverebbe per conto e nell'interesse del vettore stesso. In entrambe le fasi, la prestazione dell'handler non sarebbe, pertanto, autonoma



ma accessoria a quella dovuta dal vettore in esecuzione del contratto di trasporto: l'handler sarebbe dunque un ausiliario del vettore e, in quanto tale, dovrebbe beneficiare delle limitazioni di responsabilità e dei più favorevoli termini di decadenza dell'azione risarcitoria previsti dal diritto internazionale pattizio sul trasporto aereo.

Con il quarto motivo (violazione e/o falsa applicazione dell'art. 167 c.p.c., comma 1 e/o 2 - art. 360 c.p.c., n. 3; omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso decisivo per il giudizio - art. 360 c.p.c., n. 5), la ricorrente ha contestato la statuizione della Corte di Appello che nella parte in cui aveva qualificato come eccezione di merito tardivamente sollevata l'indicazione - che essa aveva compiuto nella propria comparsa conclusionale - delle norme di diritto in base alle quali avrebbe dovuto reputarsi infondata la domanda attorea: ciò sul rilievo che tale indicazione, da annoverarsi tra le mere difese, non si era tradotta nell'allegazione di fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto azionato dall'attrice ma nella sola individuazione delle norme di diritto che il giudice sarebbe stato comunque tenuto ad applicare nell'adempimento del suo dovere decisorio, ai sensi dell'art. 113 c.p.c. Con il quinto motivo (violazione e/o falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c. e/o dell'art. 1223 c.c. o, in subordine, dell'art. 2697 c.c., comma 1, - art. 360 c.p.c., n. 3; omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso decisivo per il giudizio - art. 360 c.p.c., n. 5) l'ALHA AIRPORT ha contestato la condanna al risarcimento sotto il profilo del quantum, sul rilievo che il giudice del merito non aveva tenuto conto della circostanza che alcuni dei gioielli rubati erano stati successivamente ritrovati, e che tale circostanza, sebbene non fosse stata opposta in contestazione dai convenuti, era comunque da ritenersi pacifica, in quanto allegata dalla stessa società attrice. Con il sesto motivo (violazione e/o falsa applicazione dell'art. 91 c.p.c. - art. 360 c.p.c., n. 3; omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso decisivo per il giudizio - art. 360 c.p.c., n. 5) l'ALHA ha contestato la condanna al pagamento delle spese del giudizio in favore della KLM osservando che, sulla domanda di manleva proposta contro di essa dal vettore, non vi era stata alcuna pronuncia (il giudice di primo grado aveva difatti dichiarato tale domanda assorbita nella pronuncia di rigetto di quella principale proposta contro il vettore, e avverso tale statuizione non vi era stato gravame in appello).

2. Il ricorso SEA s.p.a. si articola in 6 motivi. Con il primo motivo (violazione o falsa applicazione degli artt. 18, 30, 22 e 31 della Convenzione di Montreal, nonché dell'art. 1411 c.c. - art. 360 c.p.c., n. 3), la ricorrente ha dedotto l'errata qualificazione del contratto di handling quale deposito a favore di terzo, deducendo che la condotta dell'handler avrebbe dovuto essere correttamente inquadrata, quale prestazione accessoria, nel momento esecutivo del contratto di trasporto, con conseguente applicabilità all'handler (preposto del vettore) della Convenzione internazionale sul trasporto aereo.

Con il secondo motivo (violazione o falsa applicazione dell'art. 18 della Convenzione di Montreal - art. 360 c.p.c., n. 3), la ricorrente ha dedotto che erroneamente la Corte di Appello aveva ritenuto predicabile, nella specie, la sua responsabilità e quella della società di handling (in luogo di quella del vettore) senza che fosse stato individuato con precisione il momento in cui era stato commesso il furto, con ciò violandosi il principio, desumibile dall'art. 18 della Convenzione (che pone la responsabilità dei danni verificatisi nel corso del trasporto aereo in capo al vettore), secondo cui quest'ultimo ha l'onere di fornire la prova liberatoria.

Con il terzo motivo (violazione o falsa applicazione dell'art. 705 cod. nav. - art. 360 c.p.c., n. 3), la ricorrente ha dedotto che la Corte di Appello avrebbe erroneamente qualificato il servizio di guardia giurata da essa prestato per la scorta dei preziosi sino al sottobordo



dell'aeromobile come servizio di trasporto rientrando nella prestazione di handling, evidenziando che il predetto servizio era stato invece espletato nello svolgimento dei compiti istituzionali del gestore aeroportuale, indipendentemente da un rapporto contrattuale diretto con il vettore.

Con il quarto motivo (nullità della sentenza - art. 360 c.p.c., n. 4), la ricorrente ha dedotto che la Corte di Appello, nel qualificare il servizio di guardia giurata da essa prestato come servizio di trasporto, aveva rilevato d'ufficio una questione decisiva attinente alla qualificazione giuridica della fattispecie, senza previamente sottoporla alle parti al fine di provocare il contraddittorio sul punto, con conseguente violazione del diritto di difesa. Con il quinto motivo (violazione o falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. - art. 360 c.p.c., n. 3), la ricorrente ha dedotto l'errata applicazione delle norme in tema di valutazione delle prove, evidenziando che le circostanze in cui era stato espletato il servizio di guardia giurata (esauritosi in pochi minuti e svoltosi interamente all'interno del piazzale di sosta degli aeromobili, luogo sottoposto ad un sistema di controllo e di monitoraggio avanzato) escludevano che il furto potesse essersi verificato nel tempo in cui la merce era nella disponibilità della guardia giurata, escludendo, conseguentemente, qualsiasi coinvolgimento di quest'ultima nel furto medesimo. Con il sesto motivo (violazione o falsa applicazione dell'art. 92 c.p.c. - art. 360 c.p.c., n. 3) la SEA s.p.a. ha contestato, sia nell'*an* che nel *quantum*, la condanna alle spese di lite, deducendo, sotto il primo profilo, la sussistenza di giusti motivi di compensazione totale o parziale per la complessità delle questioni e la non univocità degli orientamenti giurisprudenziali e, sotto il secondo, l'assenza di attività istruttoria.

3. I controricorsi/ricorsi incidentali.

3.1. Nel controricorso avverso il ricorso SEA s.p.a., la FERRARI s.p.a. - dopo avere eccepito l'inammissibilità per carenza di interesse dei primi due motivi (sul rilievo che la SEA, dopo avere sostenuto la sussistenza in astratto di un rapporto di preposizione tra vettore aereo e handler - con conseguente applicabilità a quest'ultimo della disciplina del diritto uniforme - avrebbe poi ammesso di non avere agito come preposto di KLM nel caso concreto), del terzo motivo (sul rilievo che esso censurerebbe la violazione di una norma - l'art. 705 cod. nav. - che non era stata invece presa in considerazione dalla Corte di merito) e del quinto motivo (per aver censurato l'asserita violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. senza dire in cosa questa sarebbe consistita) e dopo avere resistito al quarto e al sesto motivo deducendone l'infondatezza - ha proposto ricorso incidentale, deducendo, in via principale: a) la nullità della sentenza (art. 360 c.p.c., n. 4) per omessa pronuncia sull'eccezione di inammissibilità dell'appello proposto da SEA s.p.a. avverso la sentenza di primo grado, e ancora, in via subordinata, b) la violazione e falsa applicazione degli artt. 110, 112 c.p.c. e art. 329 c.p.c., comma 2, (art. 360 c.p.c., n. 3) in ragione dell'omessa pronuncia in ordine alla medesima eccezione. In via incidentale condizionata tardiva, la società di spedizione, per l'ipotesi di accoglimento del ricorso proposto dalla SEA, ha poi impugnato il capo della sentenza di appello che aveva dichiarato assorbita la domanda di condanna al risarcimento da essa formulata nei confronti del vettore KLM e per essa dei suoi incaricati ALHA e SEA. Al ricorso incidentale condizionato hanno resistito con controricorso la KLM e la SEA s.p.a.

3.2. Nel controricorso avverso il ricorso SEA, la KLM - dopo aver eccepito l'inammissibilità del primo, secondo, terzo e quinto motivo di ricorso (il primo per difetto di interesse; gli altri ai sensi dell'art. 348-ter c.p., vertendosi in ipotesi di doppia conforme; i primi due, inoltre, ai sensi dell'art. 360-bis c.p.c., poichè il provvedimento impugnato avrebbe deciso questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e i motivi non offrirebbe-



ro elementi per confermare o mutare l'orientamento) e dopo aver resistito al quarto e al sesto motivo deducendone l'infondatezza - ha proposto ricorso incidentale, censurando il provvedimento impugnato per avere omesso di pronunciare sull'eccezione con cui essa aveva dedotto il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado e la conseguente inammissibilità dell'appello proposto da SEA s.p.a. Al ricorso incidentale ha resistito con controricorso la SEA s.p.a.

3.3. Nel controricorso avverso il ricorso della ALHA AIRPORT, la FERRARI s.p.a. - dopo avere eccepito la totale inammissibilità del primo, del secondo e del quarto motivo di ricorso (soprattutto in ragione della circostanza che essi, da un lato, sotto il profilo della violazione di legge, censurerebbero la violazione di norme che non sono state rilevanti ai fini della statuizione impugnata e, dall'altro lato, sotto il profilo del difetto di motivazione, troverebbero un ostacolo nella nuova formulazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5, da ritenersi applicabile *ratione temporis*) e la parziale inammissibilità, sotto quest'ultimo profilo, del terzo e del quinto motivo - ha dedotto l'infondatezza di questi ultimi sotto il profilo della violazione di legge e ha proposto ricorso incidentale condizionato tardivo, per l'ipotesi che fosse accolto il ricorso per cassazione proposto dalla ALHA AIRPORT, impugnando il capo della sentenza di appello che aveva dichiarato assorbita la domanda di condanna al risarcimento da essa formulata nei confronti del vettore KLM e dei suoi incaricati ALHA e SEA. Al ricorso incidentale condizionato hanno resistito con controricorso la KLM e la SEA s.p.a.

3.4. Nel controricorso avverso il ricorso ALHA AIRPORT s.p.a., la KLM -dopo aver eccepito la totale inammissibilità del primo e del secondo motivo di ricorso (ai sensi dell'art. 360-bis c.p.c., poichè il provvedimento impugnato avrebbe deciso questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e i motivi non offrirebbero elementi per confermare o mutare l'orientamento) e la parziale inammissibilità degli altri motivi sotto il profilo del dedotto difetto motivazionale (in considerazione, da un lato, della preclusione prevista dall'art. 348-ter c.p.c. - venendo in considerazione un'ipotesi di doppia conforme - e, dall'altro, dell'ostacolo posto dalla nuova formulazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5, da ritenersi applicabile *ratione temporis*) - ha resistito, in particolare, al sesto motivo con il quale è stata censurata da ALHA la condanna al pagamento in suo favore delle spese del giudizio di appello. Ha dedotto al riguardo la controricorrente che la soccombenza di ALHA AIRPORT nei suoi confronti risultava con evidenza dalla pronuncia di integrale rigetto dell'appello da essa proposto.

4. L'ALHA AIRPORT s.p.a., la FERRARI s.p.a., la S.E.A. s.p.a. e la KLM hanno depositato memorie ex art. 378 c.p.c. 5. Va premesso all'esame delle odierne impugnazioni che questo collegio condivide quanto affermato con l'ordinanza di rimessione (f. 9, punto 3.2) ove si legge che le eccezioni preliminari di inammissibilità, improcedibilità e giudicato dalla Ferrari e dalla KLM, pur esaminate secondo l'ordine di cui all'art. 276 c.p.c., comma 2, non impediscono - per le ragioni che verranno esposte esaminando i singoli motivi degli odierni atti di gravame - l'esame nel merito della questione sottoposta all'esame di queste sezioni unite, che può così sintetizzarsi: Se, nel trasporto aereo di merci, la prestazione svolta dall'impresa esercente il cosiddetto servizio di handling aeroportuale (alla quale siano consegnate - dal mittente o dal suo spedizioniere - le cose destinate ad essere caricate sull'aeromobile) abbia carattere accessorio rispetto al contratto di trasporto o sia svolta in esecuzione di un autonomo e distinto contratto, con conseguente possibilità, in ipotesi di perdita delle cose prima della consegna al vettore, di qualificare (o meno) l'handler quale "ausiliario" del vettore, e con conseguente applicabilità (o meno), nei suoi confronti, della discipli-



na sulla responsabilità prevista dalle convenzioni internazionali sul trasporto aereo. 6. I due ricorsi della AHLA (terzo motivo) e della SEA (primo motivo), devono, in proposito, ritenersi fondati.

6.1. E' convincimento di queste sezioni unite che non possa darsi ulteriore seguito all'orientamento sin qui seguito dalla giurisprudenza di legittimità.

6.2. Nessuno degli argomenti posti a fondamento di tale orientamento resiste, difatti, alle critiche mosse con i ricorsi in esame.

Tali argomenti possono così sintetizzarsi: l'handling è un contratto autonomo e distinto da quello di trasporto, privo di una sua esplicita disciplina normativa, regolato dalle norme dettate per le singole operazioni di volta in volta concordate (assistenza, rifornimento, carico e scarico e così via);

- la fase di handling delle merci non rientra nelle operazioni di trasporto propriamente inteso, e l'affidamento delle merci all'handler non equivale al loro affidamento al vettore;
- l'handler non può essere considerato ausiliario del vettore, volta che: 1) operando in regime di monopolio, non può essere scelto liberamente da questi; 2) dispone una sua organizzazione strutturalmente funzionalmente autonoma rispetto a quella del vettore;
- l'affidamento delle merci all'handler integra la fattispecie normativa del contratto di deposito a favore di terzo, del quale l'handler stesso risulta promittente, il vettore ne è lo stipulante, il mittente/spedizioniere (come nella specie) ovvero il destinatario, infine, il beneficiario.

6.3. Il contratto di handling è stato esaminato, in giurisprudenza come in dottrina, sotto il profilo della sua struttura, del suo contenuto e della sua natura giuridica.

6.3.1. Sotto il profilo strutturale si è evidenziato che esso rientra nella categoria dei contratti per adesione, in quanto concluso attraverso la sottoscrizione di formulari contenenti condizioni generali uniformi, identificate con l'acronimo SGHA (Standard Ground Handling Agreement), che vengono elaborate dalla IATA (International Air Transport Association). Le condizioni generali dovrebbero dunque essere efficaci nei confronti del vettore solo se da questi conosciute o conoscibili al momento della conclusione del contratto (art. 1341 c.c., comma 1). Peraltro, sebbene il contratto si concluda mediante l'adesione del vettore alle clausole uniformi sottopostegli dall'handler, la singolarità che le clausole medesime siano state elaborate dall'associazione professionale cui appartiene l'aderente dovrebbe indurre ad escludere che il vettore possa eccepirne l'inefficacia per non averne potuto conoscere il contenuto. Nella prassi, il contenuto standard dei formulari viene frequentemente modificato con l'introduzione di clausole favorevoli all'operatore (obblighi di esclusiva, clausole compromissorie, limitazioni di responsabilità). In tali ipotesi, le clausole di esonero o di limitazione della responsabilità soggiacciono ai limiti di validità stabiliti dall'art. 1229 c.c. e quelle vessatorie all'obbligo di specifica approvazione per iscritto di cui all'art. 1341 c.c., comma 2.

6.3.2. Sotto il profilo del contenuto - movendo dalla considerazione che nei singoli contratti di assistenza a terra lo schema negoziale uniforme predisposto dalla IATA viene specificato con le integrazioni e le modifiche rese necessarie dal tipo di prestazione di cui il vettore di volta in volta ha bisogno con riferimento al singolo aeromobile o a tutti gli aeromobili attraverso i quali svolge abitualmente il proprio traffico in un certo aeroporto - si ritiene che l'handling possa qualificarsi come contratto ad oggetto determinabile.

L'accordo contrattuale può prevedere "la programmazione di indeterminate operazioni di handling in un dato arco di tempo", le quali si specificano "di volta in volta in relazione alla



richiesta delle singole prestazioni dal parte del vettore, senza che queste ulteriori manifestazioni di volontà possano essere considerate come nuovi accordi".

6.3.3. Sotto il profilo della natura giuridica, infine, l'handling può essere classificato sia come contratto misto (in quanto fonte di obbligazioni che hanno per oggetto prestazioni riconducibili a diversi contratti tipici, quali, di volta in volta, l'appalto, il mandato, il deposito, la somministrazione) sia come autonomo contratto atipico: la classificazione nell'una o nell'altra categoria assume, peraltro, rilievo meramente teorico, in quanto in entrambi i casi la disciplina dei rapporti obbligatori che ne derivano deve essere ricostruita traendola da quella propria del contratto tipico a cui si riconducono le prestazioni che ne formano oggetto.

6.4. Nella ricostruzione dell'affidamento delle merci all'handler in termini di contratto a favore di terzo, regolato dalle norme di diritto comune dei contratti in generale (art. 1411 c.c. e ss.) e del contratto di deposito in particolare (art. 1766 c.c. e ss.), premesso che la singola richiesta non vale a stipulare nuovi contatti ma solo a specificare il contenuto di ogni singola prestazione - che costituisce oggetto delle distinte obbligazioni sorte dal contratto di handling ed è resa in adempimento di tali obbligazioni -, la giurisprudenza di questa Corte ha ripetutamente specificato come esso comprenda una serie di prestazioni che si atteggiavano secondo il più vario contenuto e che, formando oggetto di distinti rapporti giuridici obbligatori, devono essere disciplinate secondo la loro peculiare natura.

6.4.1. Nell'ipotesi di trasporto di cose, in particolare, tra i servizi specificamente richiesti dal vettore all'handler rientra la presa in consegna delle merci trasportate, con l'obbligo di custodirle e di restituirle al destinatario: per effetto della stipulazione, il terzo acquista il diritto contro il promittente sicchè, in caso di perdita o avaria delle cose dopo la presa in carico da parte dell'handler e prima della riconsegna all'avente diritto-destinatario, quest'ultimo, nel termine di prescrizione proprio del contratto di deposito, è legittimato ad agire contro l'handler, facendo valere la sua responsabilità *ex recepto*, mentre non ha azione nei confronti del vettore. L'handler è responsabile anche nei confronti del vettore in quanto l'inadempimento del promittente arreca pregiudizio anche allo stipulante, atteso l'interesse che questi deve avere alla stipulazione. Anche il vettore è dunque legittimato ad agire contro l'handler, non solo con l'azione di adempimento ma anche con l'azione risarcitoria, chiedendo il risarcimento del danno subito dal terzo come danno proprio.

6.4.2. Di tali principi è stata fatta costante e consonante applicazione, da parte di codesta Corte, in tutte le pronunce che, dal 1990 in poi, si sono occupate di fattispecie connotate dalla presenza di un contratto di trasporto aereo di merci in cui si inseriva un rapporto di handling avente ad oggetto la scaricazione delle merci in arrivo, la presa in carico di esse da parte dell'handler e la custodia delle stesse fino alla consegna al destinatario (Cass., Sez. 3, 11 settembre 1990, n. 9357, 14 luglio 1992, n. 8531, 9 ottobre 1997, n. 9810, 26 novembre 2003, n. 18074, 22 giugno 2007, n. 14593).

6.4.3. A queste pronunce, tutte puntualmente richiamate nell'ordinanza interlocutoria, si deve aggiungere l'obiter dictum contenuto in una sentenza avente ad oggetto la diversa vicenda del deposito di merce presso l'autorità portuale (Cass., Sez. 3, 7 luglio 2010, n. 15988), con la quale questa Corte ha esteso anche a tale fattispecie il principio di diritto affermato in tema di handling aeroportuale avente ad oggetto il deposito e la custodia delle merci sbarcate, secondo cui la legittimazione ad agire nei confronti del depositario (handler) spetta non solo al vettore-depositante (che pure la conserva in forza dell'indefettibile interesse che, in quanto stipulante, deve avere alla conclusione del contratto in favore del terzo e che può dunque agire contro il promittente facendo valere come danno proprio il pregiu-



dizio da questi arrecato al beneficiario) ma anche al destinatario-proprietario delle cose, da ritenersi anzi il principale legittimato a proporre l'azione di danno nei confronti dell'handler in ipotesi di avaria della merce in fase di deposito.

6.4.4. Questa Corte, inoltre, ha ritenuto estensibile l'orientamento in parola anche alla fattispecie del trasporto di persone, con riguardo ad una ipotesi in cui il servizio concretamente richiesto all'handler riguardava l'assistenza ai passeggeri e, nell'ambito di questa, il trasporto con autobus dalla porta di imbarco aeroportuale sino all'aeromobile, movendo dalla considerazione secondo cui i servizi prestati dall'handler sono autonomi e distinti rispetto alla prestazione di trasporto aereo cui attende il vettore, la cui responsabilità "cessa dal momento in cui, in ragione della organizzazione amministrativa del traffico nell'aeroporto, operazioni accessorie a quella oggetto del contratto di trasporto risultano organizzate in modo da essere sottratte alla sfera di ingerenza del vettore e si presentano come servizio che il vettore deve procurare al passeggero, servizio reso da un soggetto che, appunto perchè non è solo diverso dal vettore, ma neppure ne è scelto, non può considerarsi come suo preposto" (Cass. Sez. 3, 25 settembre 2001, n. 12015).

6.5. Va osservato, in premessa, come tutte le pronunce ora richiamate abbiano avuto ad oggetto fattispecie nelle quali l'assistenza richiesta all'handler concerneva la fase finale del trasporto (allorchè l'handler riceve la merce in arrivo dal vettore con l'obbligo di custodirla e consegnarla al destinatario), mentre, nella vicenda che oggi occupa queste sezioni unite, l'assistenza richiesta all'handler ha riguardo alla sua fase iniziale (allorchè l'handler riceve la merce in partenza dal mittente - o dallo spedizioniere - con l'obbligo di custodirla e di consegnarla al vettore).

6.5.1. Le due ipotesi, contrariamente a quanto opinato da entrambi i giudici milanesi, in prime e seconde cure, non sembrano perfettamente sovrapponibili sul piano tanto genetico quanto funzionale dei singoli rapporti correnti tra le parti, così che non appare del tutto condivisibile l'affermazione secondo cui "il principio elaborato dalla S.C. con riferimento a casi di trasporto in cui handler sia nominato custode dei beni giunti allo scalo di destinazione a fini di consegna al destinatario appare evidentemente applicabile per identità di ratio anche al caso speculare in cui lo stesso vettore abbia designato la società di handling per la custodia e la movimentazione dei beni in vista della loro consegna al vettore ai fini dell'imbarco e della riconsegna finale al destinatario" (come si legge al folio 7 della sentenza impugnata).

6.5.2. Nell'ipotesi, quale quella di specie, della consegna all'handler, da parte del mittente/spedizioniere, della merce destinata al trasporto aereo, difatti, terzo interessato e beneficiario della stipulazione tra il promittente (l'handler) e lo stipulante (il vettore aereo) non è soltanto il mittente spedizioniere, ma anche il destinatario finale del trasporto. Né vale osservare che quest'ultimo risulta formalmente estraneo allo schema negoziale così delineato, volta che, per ormai consolidata giurisprudenza (a far data dalla pronuncia n. 10490/2006 di questa Corte) la causa negoziale non va più ricondotta allo schema formale della sua funzione economico-sociale astrattamente considerata, bensì a quello, in concreto, della funzione economico-individuale del singolo negozio, identificata alla stregua dell'interesse creditorio e dell'obbligo del debitore, in guisa di sintesi (e non semplice somma) dei rispettivi contenuti. L'interesse creditorio, quale elemento costitutivo del rapporto obbligatorio, come osservato da attenta dottrina, oltre che come condizione di esistenza dell'obbligazione (art. 1174 c.c.) e come parametro di accertamento della gravità dell'inadempimento (art. 1455 c.c.), rileva, difatti, quale criterio di determinazione della prestazione da eseguire e quale criterio di valutazione della prestazione eseguita: per un



verso, dunque, la prestazione si determina secondo lo sforzo diligente normalmente adeguato a soddisfare l'interesse del creditore; per l'altro, essa deve considerarsi liberatoria quando essa abbia comunque conseguito il soddisfacimento dell'interesse del creditore, pur non essendo esattamente conforme al previsto per la presenza di irrilevanti inesattezze qualitative o quantitative.

Ne deriva che, alla stregua di tale criterio valutativo, l'interesse del creditore/terzo beneficiario si sostanzia e si estende, fin dal momento della stipulazione (e non soltanto dal momento della consegna della merce al vettore aereo), anche allo speculare interesse del destinatario – che risulterebbe così, rispetto alla stipulazione, egualmente "terzo beneficiario" sul piano del collegamento funzionale con la prestazione di trasporto e dell'eventuale, ulteriore prestazione dell'handler di destinazione - senza, peraltro, essere il soggetto legittimato a richiedere la prestazione al promittente.

6.5.3. Non appare, difatti, legittimamente predicabile, sul piano della ricostruzione (economica e) giuridica della fattispecie, l'esistenza di un interesse del mittente/beneficiario della stipulazione limitato ab origine alla custodia del bene nel suo esclusivo interesse, estendendosi per converso tale interesse, e fin dal momento genetico della conclusione del contratto, anche alla fase finale della riconsegna (che diverrebbe impossibile in caso di inadempimento dell'obbligo di custodia), interesse che egli condivide, fin dal medesimo momento genetico, con il destinatario della spedizione, del quale manca, peraltro, qualsivoglia manifestazione di adesione alla stipulazione (manifestazione viceversa attribuibile, tacitamente quanto inequivocamente, al mittente in conseguenza della consegna della merce da lui compiuta *in locum et ius* del vettore/stipulante), volta che, al momento della ricezione della merce, il (presunto) contratto a favore di terzo ha esaurito tout court i suoi effetti attraverso la consegna al vettore aereo in partenza.

7. Non possono, per altro verso, essere sottaciute le puntuali critiche mosse, in dottrina, alla configurabilità della fattispecie in termini di contratto (i.e. deposito) a favore di terzo.

7.1. Un primo argomento è fondato sul rilievo - peraltro mosso soprattutto su di un piano di analisi economica del diritto - secondo cui essa contrasterebbe con l'esigenza di tutela degli interessi dei diversi soggetti coinvolti nell'esecuzione del trasporto: il terzo destinatario, estraneo alla stipulazione e talora persino ignaro di chi gestisca i servizi di handling nell'aeroporto in cui il vettore esercita il proprio traffico, sarebbe vincolato da un contratto sul cui regolamento non ha potuto incidere; lo stesso vettore, in ipotesi di condanna al risarcimento del danno del solo handler (ritenendo quest'ultimo il solo legittimato passivo), sarebbe soggetto all'azione di rivalsa normalmente prevista in favore dello stesso handler (salvi i casi di dolo o colpa grave) dai formulari elaborati dalla IATA, e non potrebbe invocare le limitazioni di responsabilità stabilite dalla disciplina internazionale del trasporto aereo, giacché l'azione di rivalsa trarrebbe origine dal contratto di handling e non da quello di trasporto; sempre l'handler, infine, rispondendo a titolo contrattuale sulla base del presunto contratto di deposito, non potrebbe avvalersi delle predette limitazioni derivanti dal diritto uniforme, ex art. 30, comma 1 della Convenzione di Montreal (salva la loro inapplicabilità, prevista al successivo comma 3, per dolo o temerarietà) di cui invece potrebbe beneficiare se fosse chiamato a rispondere, a titolo extracontrattuale, quale preposto del vettore.

7.2. Un secondo (peraltro non del tutto convincente) argomento sviluppato con riguardo alla fase antecedente al trasporto vero e proprio, allorché l'handler riceve le cose non dal vettore per poi consegnarle al destinatario, ma dal mittente o dallo spedizioniere (come nella fattispecie che occupa il collegio) per poi consegnarle al vettore - si fonda sul rilievo secondo cui il mittente sarebbe interessato non all'handler (di cui spesso ignora l'identità) ma



principalmente alla compagnia aerea, alla sua serietà e alla sua affidabilità, sia per quanto riguarda il trasporto strettamente considerato, sia per l'attività connessa alla consegna e alla riconsegna delle merci. In queste ipotesi, il mittente consegna le merci all'handler non sulla base di una libera e consapevole scelta tra i vari operatori, ma su indicazione del vettore, dal quale l'handler è incaricato. Il rilievo che l'handler viene scelto dal vettore e non dal mittente porterebbe così ad escludere la possibilità di individuare un contratto stipulato in favore del terzo destinatario (l'argomento avrebbe un suo pregio, peraltro, soltanto se si ritenesse, nella fase antecedente al trasporto, che il contratto di deposito venga concluso tra il mittente/stipulante e l'handler/promittente in favore del terzo destinatario. La sentenza impugnata, peraltro, più correttamente muove dal diverso presupposto secondo cui il contratto di deposito sarebbe stato concluso tra vettore/stipulante ed handler/promittente a beneficio del mittente/spedizionario).

7.3. Con un terzo argomento, infine, si evidenzia che il ricorso alla figura del contratto di deposito legittimerebbe una ricostruzione soltanto parziale degli effetti giuridici del negozio di handling. Premesso che l'inquadramento della fattispecie nell'ambito del contratto tipico di deposito consente alla giurisprudenza di far risaltare efficacemente l'insorgere dell'obbligo di custodia e restituzione delle cose trasportate in capo all'handler, si osserva poi, per un verso, che tale obbligo non appare effetto esclusivo del contratto di deposito, ma nasce, ex lege, da qualsiasi obbligazione di riconsegna di una cosa determinata (art. 1177 c.c.), mentre, per altro verso, l'handling di merci e bagagli, oltre alla custodia degli stessi sino alla riconsegna, comprende una serie di attività materiali (movimentazione fisica delle merci, imbarco, sbarco, trasporto su veicoli, caricamento e scaricamento su sistemi trasportatori) prestate attraverso l'organizzazione dei mezzi necessari e l'assunzione dei relativi rischi, nonchè un'attività giuridica (mandato a riconsegnare il carico, in esecuzione del quale l'handler provvederebbe all'adempimento dell'obbligazione di riconsegna delle cose trasportate per conto del vettore) che imporrebbero piuttosto di ricostruire il negozio come contratto misto composto da un appalto di servizi e da un mandato senza rappresentanza.

8. Ulteriori criticità che emergono dalla ricostruzione dell'handling come stipulazione a favore del terzo emergono dalla circostanze, puntualmente evidenziate nel provvedimento interlocutorio di rimessione, secondo cui:

- il momento iniziale dell'esecuzione del contratto di trasporto verrebbe individuato non nel momento della consegna della merce (dal mittente all'handler), ma in quella in cui questa viene consegnata al vettore aereo; specularmente, l'esecuzione finale del contratto di trasporto cesserebbe con la consegna della merce all'handler di destinazione, perchè questi provveda poi alla consegna all'avente diritto: tutto ciò in contrasto con la norma di cui all'art. 1687 c.c., a mente della quale il vettore "deve mettere le cose trasportate a disposizione del destinatario nel luogo, nel termine e con le modalità indicate dal contratto". E' il vettore, dunque, il soggetto responsabile della consegna della merce al destinatario, senza che la sua responsabilità possa essere legittimamente esclusa dall'essere stata la materiale esecuzione di tale attività affidata ad un terzo;
- l'applicazione delle regole funzionali del contratto a favore di terzo condurrebbero alla doppia aporia per cui: 1) l'handler potrebbe opporre al terzo (mittente o destinatario) le eccezioni fondate sul contratto stipulato con il vettore - quale il mancato pagamento del corrispettivo - così che il (mittente o) destinatario della merce potrebbe vedersi legittimamente rifiutare la consegna perchè l'handler risulta creditore insoddisfatto dello stipulante;
- il vettore potrebbe revocare la stipulazione prima dell'accettazione del terzo (i.e. prima della richiesta di riconsegna), facendo in tal modo perdere al destinatario il relativo alla ri-



consegna.

8.1. A tali considerazioni va poi aggiunto che, ai sensi dell'art. 18.4 della Convenzione di Montreal, "il periodo di trasporto aereo non comprende alcun trasporto terrestre marittimo o fluviale effettuato al di fuori di un aerodromo", in tal modo presupponendo, secondo una piana interpretazione letterale del testo normativo (e diversamente da quanto non condivisibilmente opinato dal giudice di appello al folio 34 della sentenza impugnata), che ogni attività espletata all'interno dell'aerodromo, ed inequivocamente funzionale all'adempimento dell'obbligazione del vettore (quale non sarebbe, ad esempio, lo smarrimento di un pacco nell'ascensore dell'aeroporto prima della consegna all'handler), sia ricompresa nel concetto di trasporto aereo.

9. Le motivazioni poste a fondamento della ricostruzione della fattispecie in termini di stipulazione a favore del terzo dalla giurisprudenza di questa Corte hanno poi perso diacronicamente di consistenza, volta che: - L'argomento utilizzato per negare la sussistenza di un rapporto di preposizione tra vettore aereo e società di handling - che manterrebbe una sua rilevanza dogmatica se la scelta del collaboratore fosse tuttora obbligata dal regime di monopolio in cui egli esercita la sua attività, non potendo il debitore essere chiamato a rispondere del fatto doloso o colposo posto in essere da un soggetto della cui opera egli non ha liberamente scelto di avvalersi - sembra, tuttavia, ormai imprevedibile a seguito dell'attuazione (D.Lgs. 13 gennaio 1999, n. 18) della Direttiva 96/67/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità. Il decreto legislativo ha introdotto, difatti, un regime di concorrenza nella prestazione dei servizi di handling prevedendo che, salvi i particolari casi in cui l'ENAC disponga limitazioni con riguardo a specifiche categorie di operazioni per motivi di sicurezza o di capacità o di spazio disponibile, l'esercizio dell'attività sia subordinata unicamente al rilascio di un certificato di idoneità, necessario per garantire la sicurezza all'interno del perimetro aeroportuale, nonché la tutela dell'ambiente e il rispetto della vigente normativa sociale. Alle compagnie aeree è dunque riconosciuta non solo la facoltà di scegliere tra una pluralità di operatori, ma anche quella di non sceglierne alcuno, provvedendo allo svolgimento delle attività di handling in regime di auto-assistenza. E tale facoltà di scelta appare esercitabile anche nelle ipotesi in cui il numero di prestatori del servizio di handling sia stato limitato dall'ENAC, posto che, comunque, deve essere assicurata la presenza di almeno due operatori e che la scelta di costoro, all'esito di apposita gara d'appalto, è compiuta dall'ente di gestione aeroportuale (se non esercita a sua volta attività di handling) o dall'autorità indipendente, dopo avere sentito il comitato dei vettori;

- L'argomento fondato sulla esistenza, in capo alle imprese di handling, di una organizzazione aziendale autonoma e distinta rispetto a quella del vettore non sembra decisivo al fine di una più corretta ricostruzione della fattispecie, volta che, ai sensi dell'art. 1228 c.c., tale circostanza non risulta rilevante ai fini del riparto di responsabilità, come più volte affermato da questa stessa Corte in fattispecie non dissimili, quale l'appalto ritenendosi, del tutto pianamente, che l'appaltatore risponda dei vizi lamentati dal committente anche se riconducibili ad attività materialmente compiuta dal subappaltatore. 10. Un ulteriore argomento che depone in favore del riconoscimento del carattere accessorio della prestazione svolta dall'handler rispetto al contratto di trasporto (con conseguente qualificazione dell'handler stesso come "ausiliario" del vettore e con conseguente applicabilità, nei suoi confronti, in ipotesi di perdita delle cose nel lasso temporale in cui le ha avute in custodia, della disciplina sulla responsabilità prevista dalle convenzioni internazionali sul trasporto aereo), sembrerebbe, infine, potersi trarre, come già accennato in precedenza (supra, in narrativa, sub



7), dal nuovo testo dell'art. 953 cod. nav., nella formulazione introdotta dai D.Lgs. 9 maggio 2005, n. 96 e D.Lgs. 15 marzo 2006, n. 151. 10.1. La norma, nel prevedere che la responsabilità del vettore per la perdita delle cose trasportate si estende sino alla riconsegna al destinatario anche se prima di tale riconsegna le cose siano state affidate ad un operatore di handling o ad altro ausiliario, pare destinata ad escludere tout court - sia pur con riguardo a vicende verificatesi a far tempo dall'entrata in vigore delle modifiche apportate con D.Lgs. n. 151 del 2006 - la possibilità di scindere, nell'ambito della complessiva prestazione dovuta in esecuzione del contratto di trasporto, l'attività compiuta personalmente dal vettore in qualità di debitore da quella, accessoria, posta in essere dall'handler in qualità di ausiliario, con tutte le conseguenze che ne scaturiscono in ordine al fondamento, alla natura e ai limiti della responsabilità del debitore e dell'ausiliario nei confronti del creditore danneggiato.

10.2. Il nuovo dettato normativo, pur non applicabile direttamente all'odierna fattispecie ratione temporis, può tuttavia essere utilizzato, anche alla luce delle considerazioni che precedono, in guisa di utile strumento interpretativo idoneo a consentire una soluzione più aderente alla realtà economico-normativa del rapporto di handling, oltre che diacronicamente coerente e conforme alla volontà espressa in proposito dal legislatore.

11. La non riconducibilità del rapporto di handling alla fattispecie della stipulazione a favore di terzo comporta la speculare impossibilità di individuare un autonomo rapporto obbligatorio tra l'handler e il (mittente o) destinatario delle cose trasportate. I quali, diversamente da quanto accadrebbe in applicazione del meccanismo di cui all'art. 1411 c.c., non acquistano alcun diritto verso l'handler, ed alcuna legittimazione diretta ad agire contrattualmente nei suoi confronti in ipotesi di perdita o avaria delle cose nella fase in cui l'handler le aveva in custodia.

11.1. Di converso, poichè uno specifico rapporto obbligatorio "ausiliario" nasce tra l'handler e il vettore (il quale si avvale del primo per la prestazione dei servizi di assistenza e per l'adempimento dell'obbligazione di riconsegna delle cose trasportate) e tra il vettore e il (mittente o) destinatario (aventi diritto alla riconsegna delle cose in base al contratto di trasporto), mittente e/o destinatario sono legittimati ad agire nei confronti del vettore secondo la disciplina propria del contratto di trasporto, salva la concorrente facoltà di evocare in giudizio, a titolo extracontrattuale, l'ausiliario responsabile del danno, come espressamente riconosciuto dall'art. 30 della Convenzione di Montreal.

12. Il riconoscimento all'operatore di handling della.; posizione di ausiliario del vettore aereo comporta l'affermazione dei seguenti principi di diritto:

a) il trasporto della merce ha inizio dal momento in cui il mittente consegna la merce all'handler nell'aeroporto di partenza - e non quando quest'ultimo la consegna al vettore - ed ha termine quando l'handler la consegna al destinatario nell'aeroporto di destinazione - e non quando l'handler la riceve allo sbarco dell'aeromobile -.

b) Il vettore è responsabile del fatto colposo dell'handler, in quanto si avvale della sua opera di ausiliario nell'adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto di trasporto ex art. 1228 c.c.: egli risponde a titolo contrattuale verso il proprietario delle cose anche per la perdita o avaria verificatesi nella fase in cui queste erano sotto la sfera di sorveglianza dell'handler;

c) L'handler non risponde a titolo contrattuale nei confronti del mittente o del destinatario: il fatto dell'ausiliario è imputabile ex contractu al debitore (vettore) e non al suo autore materiale (handler), che non è parte del rapporto obbligatorio nascente dal contratto di trasporto;

d) Il fatto dell'ausiliario/handler, in ipotesi di condotta dolosa o colposa, è peraltro imputa-



bile al suo autore a titolo di illecito extracontrattuale, di tal che l'handler risponde nei confronti del destinatario delle cose ai sensi dell'art. 2043 c.c., in solido con il vettore; e) In quanto ausiliario del vettore aereo, l'handler, pur rispondendo a titolo extracontrattuale, può beneficiare delle limitazioni di responsabilità, come espressamente previsto dal combinato disposto degli artt. 22 e 30 della Convenzione di Montreal (precedentemente, dagli artt. 22 e 25/A della Convenzione di Varsavia), in favore del vettore aereo e dei suoi dipendenti o incaricati, nonché della disciplina uniforme convenzionale dettata in tema di decadenza dall'azione risarcitoria e di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, già contenuta nell'art. 29 della Convenzione di Varsavia e oggi dettata dall'art. 35 della Convenzione di Montreal.

f) L'applicabilità del diritto uniforme in luogo del diritto comune rappresenta l'implicazione più rilevante del riconoscimento all'handler della qualità di "ausiliario" del vettore aereo, in quanto esclude la possibilità che egli resti esposto, di regola, ad un risarcimento integrale nei confronti del destinatario sulla base di un comportamento meramente colposo. g) La possibilità di un integrale risarcimento non resta, viceversa, esclusa nell'ipotesi prevista dall'art. 30, comma 3 della Convenzione di Montreal (condotta intenzionale o temeraria del solo dipendente o incaricato), il cui coordinamento con il precedente art. 22 impone di ritenere che:

1) il vettore è responsabile sempre e soltanto entro i limiti risarcitori stabiliti dalla Convenzione per il trasporto merci, come emerge dalla lettura coordinata dell'art. 22, commi 1, 2, 3 e 5 - a mente del quale la detta limitazione di responsabilità non trova applicazione (comma 5) soltanto in relazione al trasporto di persone (comma 1) e di bagagli (comma 2) in caso di condotta dolosa o coscientemente colposa del vettore o dei suoi ausiliari (il comma 5, difatti, richiama espressamente soltanto le fattispecie di cui ai commi 1 e 2, nell'escludere tale limitazione).

2) Il dipendente o l'incaricato di cui all'art. 30 "può far valere le condizioni e i limiti di responsabilità invocabili dal vettore" (comma 1), salvo che, nel trasporto merci, "il danno non derivi da un atto o da una omissione degli stessi commessi con l'intenzione di provocare un danno o temerariamente e con la consapevolezza che probabilmente ne deriverà un danno" (comma 3): dovendosi intendere, con tali disposizioni, sanzionati illimitatamente il dolo e la colpa cd. cosciente dell'ausiliario - fattispecie di colpa da ritenersi un *quid pluris*, pertanto, della semplice colpa grave della responsabilità aquiliana, volta che, se la colpa cosciente è sempre grave, *ex* art. 61 c.p., n. 3, non sempre la colpa grave è anche cosciente; 3) In tal caso, l'ausiliario risponderà, secondo il titolo di responsabilità (aquiliana) a lui attribuito, dell'intero danno, da esso detratto quanto eventualmente corrisposto dal vettore entro i limiti della sua responsabilità.

12.1 La limitazione della responsabilità vettoriale così delineata non lede alcun principio costituzionale, come pure adombrato nel ricorso incidentale Ferrari al folio 41 (ove si evoca una decisione del giudice delle leggi - C.C. 15 maggio 1985 n. 132 - resa in tema di trasporto aereo, in relazione alla legge di ratifica della Convenzione di Varsavia), volta che il limite risarcitorio (i.e. i 19 Diritti Speciali di prelievo per ogni chilogrammo di merce perduta) fissato dall'art. 22 della Convenzione di Montreal non trova applicazione in caso di dichiarazione speciale di interesse alla riconsegna da parte del mittente, che corrisponde, conseguentemente, un sovrapprezzo (dichiarazione che, nella specie, è incontestatamente mancata), e che consente al mittente di ottenere risarcimenti più elevati, in deroga alle limitazioni previste dalla norma convenzionale.



13. La tesi che riconosce al soggetto che eroga i servizi di handling la qualità di "ausiliario" del vettore trova altresì riscontro nell'orientamento largamente prevalente della giurisprudenza di Paesi che, come l'Italia, aderiscono alle Convenzioni internazionali sul trasporto aereo, avendo ratificato e reso esecutive nel loro ordinamento dapprima la Convenzione di Varsavia, poi quella di Montreal.

13.1. Nell'ordinamento francese, già in epoca risalente (Cour de Cassation 21 luglio 1987), si è affermato il principio secondo il quale le operazioni di handling assumono natura di prestazione ausiliaria rispetto all'esecuzione del trasporto di cose, la quale supera la fase del materiale trasferimento delle merci da un luogo all'altro per ricomprendere anche le fasi (antecedente e successiva) in cui le merci stesse si trovino affidate al vettore nell'ambito aeroportuale, sebbene quest'ultimo si avvalga, in tale ambito, della collaborazione di terzi per lo svolgimento delle attività accessorie di carico, scarico, immagazzinaggio e riconsegna. Nell'ordinamento britannico, lo stesso principio è stato affermato dal Queen's Bench (Queen's Bench Division - Commercial Court, *Swiss Bank Corp. and others v. Brink's Mat Ltd. And others*, 6 February 1986).

Nell'ordinamento statunitense, il principio viene applicato da numerose Corti federali (tra le altre, U.S. District Court of Illinois 773 F. Supp. 1117 August 26, 1991, *Sabena Belgian World Airlines v. United Airlines, Inc.*; U.S. District Court of New York - 704 F. Supp. 524 February 1, 1989, *Mitchell, Shackleton & Co. v. Air. Exp. Intern.*; U.S. District Court of New Jersey - 111 F. Supp. 2d 501, August 16, 2000, *Croucher v. Worldwide Flight Service, Inc.*), oltre che dalla Corte Suprema di Hong Kong (High Court, 2003, *Ericsson Limited and Ericsson Mobile Communications AB v. KLM Royal Dutch Airlines*).

13.2. La qualificazione dell'handler come ausiliario del vettore aereo è stata, infine, riconosciuta dal Segretario generale dell'U.N.C.T.A.D. (United Nation Conference of Trade and Development) nel Report "Carriage of goods by air", ove si legge (p. 40, p. 158) che, pur essendo una questione di diritto interno l'interpretazione dell'espressione "agenti o incaricati" (*servant or agent*), usualmente tutti i paesi aderenti alle Convenzioni designano con il termine "agenti" tutti i contraenti indipendenti con cui lo spedizioniere ha convenuto la prestazione di uno specifico incarico (*the independent contractors with whom the carrier has contracted for the performance of a specified task*).

14. Con riferimento alla questione di massima di particolare importanza per la quale il procedimento è stato rimesso a queste sezioni unite, il terzo motivo del ricorso AHLA ed il primo motivo di ricorso SEA (limitatamente alla parte in cui esso è rivolto alla posizione della controricorrente KLM), devono, pertanto, essere accolti, con assorbimento in tale accoglimento delle censure AHLA di cui ai motivi 1, 2, 4 e 6.

15. L'esame delle restanti censure mosse alla sentenza impugnata con i motivi riportati in narrativa ne impone l'accoglimento entro i ristretti limiti in cui si dirà nel paragrafo che segue. 15.1 Sarà, difatti, compito del giudice di rinvio:

a) valutare in limine l'ammissibilità in parte qua dell'appello SEA nei confronti di parti diverse dalla KLM - appello che la Corte territoriale afferma essere stato proposto soltanto nei confronti della chiamante in causa KLM (f. 34, righe 1-10 della sentenza impugnata), senza, peraltro, espressamente pronunciarsi sulle relative eccezioni di inammissibilità e giudicato, nè in motivazione, nè in dispositivo, dopo aver comunque proceduto all'esame nel merito del suddetto appello;

b) ove pure riconosciuta la fondatezza dell'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione in parte qua, procedere al nuovo giudizio alla luce della fondatezza del primo motivo di ap-



pello della SEA (riproposto con il primo motivo dell'odierno ricorso), che pone la stessa questione proposta (ed accolta) con il terzo motivo del ricorso AHLA;

c) valutare e pronunciare sull'eccezione di inammissibilità dell'appello SEA, come oggi lamentato dalla KLM con il proprio ricorso incidentale, per aver ritenuto la questione assorbita nel rigetto degli appelli proposti avverso la esclusione della sua responsabilità;

d) esaminare la fondatezza della doglianza della FERRARI, proposta con ricorso incidentale condizionato tardivo per l'ipotesi (nella specie verificatasi, all'esito della soluzione oggi adottata) di accoglimento del ricorso AHLA, non risultando più assorbita, allo stato, la domanda di condanna formulata nei confronti della KLM;

e) valutare la fondatezza delle eccezioni di estinzione dall'azione proposta dall'originaria convenuta, alla luce dei principi di diritto sopra esposti, tanto con riferimento alla posizione del vettore quanto a quella degli ausiliari, per i quali dovrà ritenersi parimenti applicabile, in parte qua, la normativa convenzionale, volta che la esclusione della limitazione di responsabilità di cui all'art. 30, comma 3 della Convenzione deve ritenersi norma di stretta interpretazione, derogatrice a quelle generali del testo convenzionale soltanto nella parte in cui contiene una diversa disciplina della quantificazione del danno.

16. Tutti gli altri motivi di ricorso, principale e incidentali (ivi compresi il secondo, terzo, quarto e quinto motivo del ricorso SEA, ove ritenuti ammissibili gli speculari motivi di appello), sono respinti, essendo caratterizzati dall'inammissibile scopo di richiedere a questa Corte un riesame del merito della causa, che risulta ormai definitivamente cristallizzato alla luce delle corrette e condivisibili argomentazioni svolte, senza incorrere in vizi logico-giuridici, dalla Corte territoriale in punto di accertamento dei fatti di causa.

17. Il procedimento è pertanto rinviato alla Corte di appello di Milano.

18. Le spese dei tre gradi di giudizio possono essere interamente compensate, attesa la complessità delle questioni trattate e l'esito della lite, che ha comportato un radicale mutamento di giurisprudenza in subiecta materia.

P.Q.M.

La Corte accoglie il terzo motivo del ricorso AHLA ed il primo motivo del ricorso SEA, rinvia alla motivazione che precede quanto agli altri motivi dei ricorsi, principale e incidentali, cassa la sentenza impugnata nei limiti di cui in motivazione e rinvia il procedimento alla Corte di appello di Milano, in altra composizione.

Le spese dei tre gradi di giudizio sono interamente compensate.

Così deciso in Roma, il 6 dicembre 2016.

Depositato in Cancelleria il 20 settembre 2017.



DONAZIONE - TRASFERIMENTO PER SPIRITO DI LIBERALITÀ DI STRUMENTI FINANZIARI DAL CONTO DI DEPOSITO TITOLI DEL BENEFICIANTE A QUELLO DEL BENEFICIARIO - DONAZIONE INDIRETTA DONAZIONE TIPICA AD ESECUZIONE INDIRETTA-ATTO PUBBLICO.

CASS. CIV., SEZ. UN., 27 LUGLIO 2017, N. 18725

Il trasferimento per spirito di liberalità di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli del beneficiante a quello del beneficiario realizzato a mezzo banca, attraverso l'esecuzione di un ordine di bancogiro impartito dal disponente, non rientra tra le donazioni indirette, ma configura una donazione tipica ad esecuzione indiretta; ne deriva che la stabilità dell'attribuzione patrimoniale presuppone la stipulazione dell'atto pubblico di donazione tra beneficiante e beneficiario, salvo che ricorra l'ipotesi della donazione di modico valore.

FATTI DI CAUSA

1. - La vicenda riguarda una fattispecie attributiva triangolare a mezzo banca compiuta a titolo di liberalità: più precisamente, concerne un trasferimento di valori mobiliari, di cospicuo valore, depositati su un conto bancario, eseguito in favore di un terzo in virtù di un ordine in tal senso impartito alla banca dal titolare del conto, deceduto pochi giorni dopo l'operazione.

Apertasi la successione ab intestato dell'ordinante (OMISSIS), la figlia del de cuius, (OMISSIS), ha agito in giudizio davanti al Tribunale di Trieste nei confronti della beneficiaria del trasferimento, (OMISSIS), chiedendo, per la quota di un terzo spettante all'attrice sul patrimonio ereditario, la restituzione del valore degli strumenti finanziari, ammontanti complessivamente, alla data dell'esecuzione dell'operazione, a Euro 241.040,60. Premesso che gli strumenti finanziari (quote di (OMISSIS) e di (OMISSIS) e titoli di (OMISSIS)) appartenevano al di lei padre ed erano custoditi in un apposito conto di deposito titoli in amministrazione presso (OMISSIS) s.p.a. e che la convenuta, nella qualità di delegata, aveva dato ordine alla banca di trasferirli sul proprio conto, l'attrice ha dedotto la nullità del negozio attributivo, in quanto privo della forma solenne richiesta per la validità della donazione.

La (OMISSIS) si è difesa rilevando che il trasferimento era stato chiesto direttamente dal titolare dei titoli e solo reiterato da essa delegata. Ha sostenuto che l'attribuzione doveva essere considerata, in parte, adempimento di obbligazione naturale, giustificata dal legame affettivo che ella aveva instaurato con il de cuius e dalla cura e dall'assistenza prestate nei suoi confronti durante il corso della malattia che lo aveva portato alla morte; in parte, donazione



indiretta.

2. - Il Tribunale di Trieste ha accolto la domanda, dichiarando la nullità della liberalità. Accertato che l'ordine alla banca proveniva dal (OMISSIS), il Tribunale ha distinto tra negozio sottostante (attribuzione patrimoniale alla (OMISSIS)) e ordine alla banca. Secondo il primo giudice, l'ordine alla banca è negozio astratto, autonomo rispetto ai rapporti inter partes; il negozio tra le parti è quello che rileva e deve essere qualificato come donazione vera e propria; il trasferimento non può essere ritenuto adempimento di obbligazione naturale ("in quanto i titoli sono stati attribuiti alla (OMISSIS) non con l'intento di adempiere ad un dovere morale e sociale, ma in considerazione dell'assistenza prestata al de cuius durante la sua malattia"), ma piuttosto donazione remuneratoria. Di qui la nullità per difetto di forma.

3. - A diversa conclusione è pervenuta la Corte d'appello di Trieste, la quale, con sentenza in data 20 dicembre 2011, ha accolto il gravame proposto in via principale dalla (OMISSIS) e rigettato la domanda.

La Corte territoriale ha osservato, innanzitutto, che "i fatti non sono contestati e che l'istruttoria ha confermato il "doppio" ordine, necessario perché la banca aveva smarrito il primo ordine, sottoscritto direttamente dal (OMISSIS)". Sempre in punto di fatto, la Corte di Trieste, valorizzando la deposizione testimoniale del direttore della banca, ha ritenuto provato che la (OMISSIS) aveva assistito il (OMISSIS), precisando che la convivenza tra le parti era cominciata prima che questi scoprisse di essere affetto da un male incurabile. La Corte d'appello ha ricondotto la fattispecie nell'ambito della donazione indiretta, per la cui validità non è richiesta la forma dell'atto pubblico, essendo sufficiente l'osservanza della forma prescritta per il negozio tipico utilizzato per realizzare lo scopo di liberalità. I giudici del gravame hanno considerato che, per integrare la liberalità di cui all'articolo 809 c.c., non è indispensabile il collegamento "di due negozi, uno fra donante e donatario, e l'altro fra donante e terzo che realizza lo scopo-donazione", ma basta un solo negozio, con il rispetto delle forme per esso previste. Secondo la Corte di Trieste, l'ordine dato dal beneficiante all'istituto di credito è idoneo a veicolare lo spirito di liberalità. La Corte d'appello ha dichiarato assorbito il motivo di appello con cui l'appellante (OMISSIS) ha sostenuto che l'atto compiuto andava ricondotto all'adempimento di un'obbligazione naturale; e ha altresì dichiarato assorbito l'appello incidentale della (OMISSIS).

4. - Per la cassazione della sentenza della Corte d'appello la (OMISSIS) ha proposto ricorso, sulla base di due motivi.

4.1. - Con il primo motivo (violazione e falsa applicazione degli articoli 769, 782 e 809 c.c., in relazione agli articoli 1852 e 1834 c.c.) la ricorrente censura che la Corte di Trieste abbia ritenuto che il mero trasferimento di valori mobiliari, non avente fondamento in alcun negozio causale sottostante, sia ad ogni effetto una donazione indiretta e, come tale, sottratta al vincolo della forma. Ad avviso della ricorrente, la liberalità attuata a mezzo bonifico non è una donazione indiretta, ma una donazione diretta, la quale richiede la forma dell'atto pubblico a pena di nullità. L'esclusione dell'onere della forma implicitamente prevista, per le donazioni indirette, dall'articolo 809 cod. civ. – sarebbe riferibile alle sole fattispecie negoziali causali, laddove nella specie ci si troverebbe di fronte ad una semplice operazione bancaria.

Il secondo motivo lamenta omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio. Nel ragionamento della Corte d'appello non vi sarebbe traccia di spiegazioni circa la ragione per la quale l'articolo 809 c.c., debba trovare applicazione non solo ai contratti bancari di deposito cointestati, ma anche alle mere esecu-



zioni di disposizioni di trasferimento titoli dal conto del donante a quello del donatario.
5. - La (OMISSIS) ha resistito con controricorso, in particolare sottolineando che la vicenda del trasferimento dei titoli attraverso l'ordine impartito alla banca dal beneficiante è assimilabile all'ipotesi - che la giurisprudenza riconduce alla donazione indiretta - della cointestazione del conto corrente con successivo transito sullo stesso di somme appartenenti ad uno solo dei cointestatari.

6. - Entrambe le parti hanno depositato memorie illustrative delle rispettive posizioni in prossimità dell'udienza fissata dinanzi alla Sezione semplice.

7. - Con ordinanza interlocutoria n. 106 del 4 gennaio 2017, la 2 Sezione civile ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, segnalando la presenza di orientamenti giurisprudenziali non uniformi e di un quadro interpretativo "frammentato" in ordine alla questione se, per aversi donazione indiretta, sia necessaria la presenza di almeno due negozi, o se sia sufficiente un solo negozio o, persino, un mero atto non negoziale, ed evidenziando, altresì, la particolare rilevanza della stessa, stante il frequente ricorso a operazioni del tipo di quelle compiute nella specie in funzione trans o post mortem.

8. - Il Primo Presidente ha disposto l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

9. - In prossimità dell'udienza pubblica entrambe le parti hanno depositato memorie illustrative.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. - La questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite solleva un problema di rapporti tra il contratto tipico di donazione e le liberalità diverse dalla donazione (dette anche donazioni indirette o liberalità atipiche): l'uno, definito dall'articolo 769 c.c., come l'atto con il quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione; le altre, contemplate dall'articolo 809 c.c., come liberalità risultanti da atti diversi dalla donazione stessa, le quali hanno in comune con l'archetipo l'arricchimento senza corrispettivo, voluto per spirito liberale da un soggetto a favore dell'altro, ma se ne distinguono perché l'arricchimento del beneficiario non si realizza con l'attribuzione di un diritto o con l'assunzione di un obbligo da parte del disponente, ma in modo diverso.

Si tratta, in particolare, di stabilire se l'operazione attributiva di strumenti finanziari dal patrimonio del beneficiante in favore di un altro soggetto, compiuta a titolo liberale attraverso una banca chiamata a dare esecuzione all'ordine di trasferimento dei titoli impartito dal titolare con operazioni contabili di addebitamento e di accredito, costituisca una donazione tipica, identificata dalla definizione offerta dall'articolo 769 c.c., o sia inquadrabile tra le liberalità non donative, ai sensi dell'articolo 809 c.c., ossia tra gli atti, molti dei quali aventi una propria disciplina, che, secondo una accreditata definizione dottrinale, possono essere impiegati per attuare in via mediata effetti economici equivalenti a quelli prodotti dal contratto di donazione. Più precisamente, occorre domandarsi se la stabilità del trasferimento di ricchezza attuato donandi causa a mezzo banca sia subordinata all'adozione dello schema formale - causale della donazione; o se l'attribuzione liberale a favore del beneficiario rappresenti una conseguenza indiretta giustificata dal ricorso ad un'operazione trilaterale di movimentazione finanziaria con l'intermediazione dell'ente creditizio.



1.1. - La riconduzione all'uno o all'altro ambito ha conseguenze sul piano della disciplina applicabile.

Infatti, il codice civile estende alle liberalità diverse dalla donazione tipica le disposizioni riguardanti la revocazione per causa di ingratitudine e per sopravvenienza di figli e quelle sulla riduzione per integrare la quota dovuta ai legittimari (articolo 809), e le assoggetta alla disciplina della collazione (articolo 737), ma al contempo prevede l'applicabilità delle norme riguardanti l'atto per mezzo del quale la liberalità è compiuta, senza che occorra l'assolvimento dell'onere della forma di cui all'articolo 782.

Il regime formale della forma solenne (fuori dai casi di donazione di modico valore di cosa mobile, dove, ai sensi dell'articolo 783 c.c., la forma è sostituita dalla *traditio*) è esclusivamente proprio della donazione tipica, e risponde a finalità preventive a tutela del donante, per evitargli scelte affrettate e poco ponderate, volendosi circondare di particolari cautele la determinazione con la quale un soggetto decide di spogliarsi, senza corrispettivo dei suoi beni.

Per la validità delle donazioni indirette, invece, non è richiesta la forma dell'atto pubblico, essendo sufficiente l'osservanza delle forme prescritte per il negozio tipico utilizzato per realizzare lo scopo di liberalità, dato che l'articolo 809 cod. civ., nello stabilire le norme sulle donazioni applicabili agli altri atti di liberalità realizzati con negozi diversi da quelli previsti dall'articolo 769 c.c., non richiama l'articolo 782 c.c., che prescrive l'atto pubblico per la donazione (Cass., Sez. 3, 11 ottobre 1978, n. 4550; Cass., Sez. 2, 16 marzo 2004, n. 5333; Cass., Sez. 1, 5 giugno 2013, n. 14197).

2. - Per rispondere al quesito, occorre preliminarmente procedere ad una ricognizione delle ipotesi più significative che l'esperienza giurisprudenziale ha ricondotto all'ambito della donazione indiretta e di quelle per le quali si è ritenuta invece necessaria l'adozione del contratto di donazione per la manifestazione della volontà e per la realizzazione dell'interesse liberale.

3. - La liberalità non donativa può essere realizzata con un contratto a favore di terzo, ossia in virtù di un accordo tra disponente - stipulante e promittente con il quale al terzo beneficiario è attribuito un diritto, senza che quest'ultimo paghi alcun corrispettivo e senza prospettiva di vantaggio economico per lo stipulante. Il contratto a favore di terzo può bensì importare una liberalità a favore del medesimo, ma costituendo detta liberalità solo la conseguenza non diretta nè principale del negozio giuridico avente una causa diversa, si tratta di una donazione indiretta, la quale, se pure è sottoposta alle norme di carattere sostanziale che regolano le donazioni, non sottostà invece alle norme riguardanti la forma di queste (Cass., Sez. 1, 29 luglio 1968, n. 2727). Seguendo quest'ordine di idee, si è ricondotta alla donazione indiretta la cointestazione, con firma e disponibilità disgiunte, di una somma di denaro depositata presso un istituto di credito, qualora detta somma, all'atto della cointestazione, risulti essere appartenuta ad uno solo dei cointestatari, rilevandosi che, in tal caso, con il mezzo del contratto di deposito bancario, si realizza l'arricchimento senza corrispettivo dell'altro cointestatario (Cass., Sez. 2, 10 aprile 1999, n. 3499; Cass., Sez. 1, 22 settembre 2000, n. 12552; Cass., Sez. 2, 12 novembre 2008, n. 26983). Anche la cointestazione di buoni postali fruttiferi, ad esempio operata da un genitore per ripartire fra i figli anticipatamente le proprie sostanze, può configurare, ove sia accertata l'esistenza dell'*animus donandi*, una donazione indiretta, in quanto, attraverso il negozio direttamente concluso con il terzo depositario, la parte che deposita il proprio denaro consegue l'effetto ulteriore di attuare un'attribuzione patrimoniale in favore di colui che ne diventa beneficiario per la corri-



spondente quota, essendo questi, quale contitolare del titolo nominativo a firma disgiunta, legittimato a fare valere i relativi diritti (Cass., Sez. 2, 9 maggio 2013, n. 10991).

3.1. - Costituisce del pari donazione indiretta il pagamento di un'obbligazione altrui compiuto dal terzo per spirito di liberalità verso il debitore (Cass., Sez. 1, 3 maggio 1969, n. 1465). Anche qui si assiste ad un'operazione che vede il coinvolgimento delle sfere giuridiche di tre soggetti: il *solvens*, estraneo al rapporto obbligatorio ma autore dell'adempimento, il quale dispone della propria sfera nel senso della liberalità verso il debitore, liberandolo da un'obbligazione; il creditore; ed il debitore, beneficiario della liberalità.

3.2. - Il risultato liberale può essere conseguito anche attraverso la combinazione di più atti e negozi. A seguito di una pronuncia di queste Sezioni Unite (Cass., Sez. U., 5 agosto 1992, n. 9282), la giurisprudenza qualifica l'intestazione di beni a nome altrui come una donazione indiretta del bene: una liberalità nascente da un complesso procedimento, rivolto a fare acquistare al beneficiario la proprietà di un bene, nel quale la dazione del denaro, anche quando fatta dal beneficiante al beneficiario, assume un valore semplicemente strumentale rispetto al conseguimento di quel risultato (Cass., Sez. 3, 14 maggio 1997, n. 4231; Cass., Sez. 2, 29 maggio 1998, n. 5310; Cass., Sez. 2, 24 febbraio 2004, n. 3642; Cass., Sez. 6-2, 2 settembre 2014, n. 18541; Cass., Sez. 2, 4 settembre 2015, n. 17604; Cass., Sez. 2, 30 maggio 2017, n. 13619).

3.3. - Donazione indiretta può aversi anche quando le parti di un contratto oneroso fissino un corrispettivo molto inferiore al valore reale del bene trasferito ovvero un prezzo eccessivamente alto, a beneficio, rispettivamente, dell'acquirente o dell'alienante (Cass., Sez. 2, 7 giugno 2006, n. 13337; Cass., Sez. 2, 30 gennaio 2007, n. 1955; Cass., Sez. 2, 3 gennaio 2009, n. 23297; Cass., Sez. 2, 23 maggio 2016, n. 10614). In tal caso, infatti, il contratto di compravendita è stipulato dalle parti soltanto per conseguire - appunto, in via indiretta, attraverso il voluto sbilanciamento tra le prestazioni corrispettive - la finalità, diversa ed ulteriore rispetto a quella di scambio, consistente nell'arricchimento, per mero spirito di liberalità, del contraente che beneficia dell'attribuzione di maggior valore.

3.4. - Anche la rinuncia abdicativa può atteggiarsi a liberalità (Cass., Sez. 2, 3 marzo 1967, n. 507; Cass., Sez. 2, 29 maggio 1974, n. 1545; Cass., Sez. 2, 10 gennaio 2013, n. 482; Cass., Sez. 2, 25 febbraio 2015, n. 3819).

4. - Passando alle ipotesi che sono state ricondotte, attraverso un'opera di perimetrazione, nell'ambito del contratto di donazione, la giurisprudenza (Cass., Sez. 1, 23 febbraio 1973, n. 527) ha considerato donazione diretta il trasferimento del libretto di deposito a risparmio al portatore, effettuato dal depositante al terzo possessore al fine di compiere una liberalità; e ciò sul rilievo che, quando trasferisce detto libretto, il depositante non utilizza la causa tipica del rapporto con la banca per conseguire un diverso risultato economico, ma pone i essere con un diverso soggetto un altro negozio, quello di trasferimento, realizzabile per una delle tante cause possibili, le quali non sono conseguite come effetto indiretto della trasmissione, ma ne costituiscono direttamente lo scopo.

4.1. - Analogamente, le liberalità attuate a mezzo di titoli di credito non sono donazioni indirette, ma donazioni dirette. Il fatto che l'obbligazione del donante sia incorporata in un titolo formale e astratto non muta la natura dell'obbligazione stessa, trasformando così la donazione diretta in indiretta. L'astrattezza del titolo nei rapporti tra le parti ha, infatti, funzione processuale, non anche sostanziale, restando il titolo formale pur sempre collegato al negozio sottostante.

Si è infatti affermato (Cass., Sez. 2, 30 marzo 1950, n. 870) che, poichè si rientra nell'ambito dell'articolo 809 cod. civ. quando per raggiungere l'intento di liberalità le parti, anziché uti-



lizzare lo schema negoziale, all'uopo apprestato dalla legge, ne abbiano adottato un altro caratterizzato da causa diversa, la donazione indiretta non è configurabile allorché la donazione sia rivestita sotto la forma cambiaria: in tale ipotesi, restando, nei rapporti tra gli originari negozianti, l'efficacia del titolo formale condizionata alla esistenza ed alla validità del rapporto sottostante, la donazione è impugnabile per la mancanza del requisito della forma dell'atto pubblico.

E più di recente (Cass., Sez. 2, 30 maggio 1990, n. 7647; Cass., Sez. 1, 6 marzo 1997, n. 1983) - nel ribadire che qualora un assegno bancario venga emesso a titolo di donazione, l'opponibilità, nel rapporto diretto con il prenditore, di tale contratto sottostante implica anche la possibilità di dedurre la nullità della donazione medesima, per carenza della prescritta forma - si è sottolineato che l'esclusione dell'onere di forma deve intendersi riferita alle sole fattispecie negoziali causali, tali cioè che abbiano in sé la causa giustificativa del relativo effetto, ma non anche ai negozi astratti come quelli di emissione o di girata di titoli di credito o di assegni, i quali trovano necessario fondamento in un rapporto sottostante, e quindi in un negozio del quale ricorrano i requisiti di sostanza e di forma, con conseguente opponibilità del difetto nei rapporti diretti tra emittente e prenditore e tra girante e rispettivo giratario.

4.2. - È stata ricondotta alla donazione diretta (da Cass., Sez. 2, 6 novembre 2008, n. 26746) l'elargizione come tale di somme di danaro di importo non modico mediante assegni circolari, in fattispecie nella quale il beneficiante aveva chiesto alla banca presso la quale intratteneva un rapporto di conto corrente, su cui era autorizzata ad operare anche la beneficiata, la formazione di un certo numero di assegni circolari intestati a quest'ultima disponendo che il relativo importo fosse addebitato a quel conto (assegni poi utilizzati dalla donataria, con autonoma determinazione, per il pagamento del prezzo relativo all'acquisto di un fondo).

4.3. - La giurisprudenza (Cass., Sez. 2, 30 marzo 2006, n. 7507) ha inoltre ravvisato una donazione diretta nell'accollo interno con cui l'accollante, allo scopo di arricchire un familiare con proprio impoverimento, si sia impegnato nei confronti di quest'ultimo a pagare all'istituto di credito le rate del mutuo bancario dal medesimo contratto, rilevandosi che la liberalità non è un effetto indiretto ma la causa dell'accollo.

5. - In questa sede non occorre approfondire il profilo teorico dell'inquadramento delle liberalità risultanti da atti diversi da quelli previsti dall'articolo 769 c.c.. È un aspetto, questo, sul quale, alla ricerca del dato unificante delle liberalità non donative, si è soffermata a lungo la dottrina, delineando un panorama articolato: alcuni autori costruendo gli atti di liberalità diversi dalla donazione come un negozio indiretto ed altri muovendo nella direzione di un allontanamento da questa figura; ora cogliendosi l'elemento unificatore e qualificatore nel risultato o effetto dell'atto, riconducibile all'arricchimento del beneficiario, definito nel suo aspetto giuridico o in quello economico; ora mettendosi in luce l'incidenza causale della liberalità nel senso dell'arricchimento dello schema causale minimo eventualmente predisposto dal legislatore (arricchimento inteso non come giustapposizione di un "pezzo", ma come possibilità di emersione di un nuovo profilo di una causa comunque unitaria). Interessa, piuttosto, considerare gli aspetti di distinzione delle liberalità non donative rispetto al contratto di donazione.

Sotto questo profilo, proprio muovendo dalla lettura dei dati offerti dall'esperienza giurisprudenziale, la dottrina ha evidenziato che la donazione indiretta non si identifica totalmente con la donazione, cioè con il contratto rivolto a realizzare la specifica funzione dell'arricchimento diretto di un soggetto a carico di un altro soggetto, il donante, che nulla



ottiene in cambio, in quanto agisce per spirito di liberalità. Si tratta - è stato sottolineato - di liberalità che si realizzano: (a) con atti diversi dal contratto (ad esempio, con negozi unilaterali come l'adempimento del terzo o le rinunce abdicative); (b) con contratti (non tra donante e donatario) rispetto ai quali il beneficiario è terzo; (c) con contratti caratterizzati dalla presenza di un nesso di corrispettività tra attribuzioni patrimoniali; (d) con la combinazione di più negozi (come nel caso dell'intestazione di beni a nome altrui). Va inoltre tenuto conto del significato che la dottrina ha ricondotto alla tipizzazione del contratto di donazione. La configurazione della donazione come un contratto tipico a forma vincolata e sottoposto a regole inderogabili obbliga infatti a fare ricorso a questo contratto per realizzare il passaggio immediato per spirito di liberalità di ingenti valori patrimoniali da un soggetto ad un altro, non essendo ragionevolmente ipotizzabile che il legislatore consenta il compimento in forme differenti di uno stesso atto, imponendo, però, l'onere della forma solenne soltanto quando le parti abbiano optato per il contratto di donazione.

6. - L'inquadramento nella donazione indiretta del trasferimento per spirito di liberalità, a mezzo banca, di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli in amministrazione del beneficiante a quello del beneficiario, muove dalla considerazione che l'accreditamento nel conto del beneficiario si presenta come il frutto di un'operazione, sostanzialmente trilaterale, eseguita da un soggetto diverso dall'autore della liberalità sulla base di un rapporto di mandato sussistente tra beneficiante e banca, obbligata in forza di siffatto rapporto a dar corso al bancogiro e ad effettuare la prestazione in favore del beneficiario.

Non vi sarebbe nessun atto diretto di liberalità tra soggetto disponente e beneficiario, ma si sarebbe di fronte ad un'attribuzione liberale a favore del beneficiario attraverso un mezzo, il bancogiro, diverso dal contratto di donazione.

È una soluzione che le Sezioni Unite non condividono, perchè l'operazione bancaria in adempimento dello *iussum* svolge in realtà una funzione esecutiva di un atto negoziale ad esso esterno, intercorrente tra il beneficiante e il beneficiario, il quale soltanto è in grado di giustificare gli effetti del trasferimento di valori da un patrimonio all'altro. Si è di fronte, cioè, non ad una donazione attuata indirettamente in ragione della realizzazione indiretta della causa donandi, ma ad una donazione tipica ad esecuzione indiretta.

Come infatti si è sottolineato in dottrina, da una parte gli strumenti finanziari che vengono trasferiti al beneficiario attraverso il *virement* provengono dalla sfera patrimoniale del beneficiante; dall'altra il trasferimento si realizza, non attraverso un'operazione triangolare di intermediazione giuridica, ma, più semplicemente, mediante un'attività di intermediazione gestoria dell'ente creditizio, rappresentando il bancogiro una mera modalità di trasferimento di valori del patrimonio di un soggetto in favore del patrimonio di altro soggetto. Milita in questa direzione anche l'osservazione secondo cui nel bancogiro, pur inquadrato nello schema della delegazione che si innesta nel rapporto di mandato sotteso a quello di conto corrente (Cass., Sez. 1, 3 gennaio 2017, n. 25), la banca non può rifiutarsi di eseguire l'ordine impartito, in considerazione del rapporto contrattuale che la vincola al delegante, sempre che esista la disponibilità di conto; e ciò a differenza di quanto avviene nella delegazione, dove l'articolo 1269 c.c., comma 2, consente al delegato, ancorchè debitore del delegante, di non accettare l'incarico.

Pertanto, il trasferimento scaturente dall'operazione di bancogiro è destinato a rinvenire la propria giustificazione causale nel rapporto intercorrente tra l'ordinante-disponente e il beneficiario, dal quale dovrà desumersi se l'accreditamento (atto neutro) è sorretto da una fusta causa: di talchè, ove questa si atteggi come causa donandi, occorre, ad evitare la ripetibi-



lità dell'attribuzione patrimoniale da parte del donante, l'atto pubblico di donazione tra il beneficiante e il beneficiario, a meno che si tratti di donazione di modico valore.

6.1. - In particolare, il passaggio di valori patrimoniali a titolo di liberalità dal beneficiante al beneficiario eseguito a mezzo banca non ricade nell'ambito del contratto a favore di terzo, schema attraverso il quale - come si è visto - lo stipulante può realizzare un'attribuzione patrimoniale indiretta a favore del terzo avente i connotati della spontaneità e del disinteresse. Nel contratto a favore di terzo, infatti, il patrimonio del promittente è direttamente coinvolto nel processo attributivo e non si configura - è stato affermato - come mera "zona di transito" tra lo stipulante e il terzo: l'oggetto dell'attribuzione donandi causa in favore del terzo si identifica con la prestazione del promittente e non con quanto prestato dallo stipulante al promittente medesimo.

A ciò deve aggiungersi che, mentre nel contratto a favore di terzo nasce immediatamente un diritto azionabile del terzo verso il promittente, il terzo beneficiario che sia destinatario di un ordine di giro non acquista alcun diritto nei confronti della banca proveniente dal contratto che intercorre tra la banca medesima e l'ordinante. Difatti, secondo la giurisprudenza di questa Corte (Cass., Sez. 3, 1 dicembre 2004, n. 22596; Cass., Sez. 1, 19 settembre 2008, n. 23864; Cass., Sez. 1, 3 gennaio 2017, n. 25, cit.), l'ordine di bonifico ha natura di negozio giuridico unilaterale, la cui efficacia vincolante scaturisce da una precedente dichiarazione di volontà con la quale la banca si è obbligata ad eseguire i futuri incarichi ad essa conferiti dal cliente, ed il cui perfezionamento è circoscritto alla banca e all'ordinante, con conseguente estraneità del beneficiario, nei cui confronti, pertanto, l'incarico del correntista di effettuare il pagamento assume natura di delegazione di pagamento. Anche il delegato al pagamento può essere obbligato, ma solo se il medesimo si obbliga personalmente verso il creditore delegatario e questi accetti l'obbligazione del delegato, ai sensi dell'articolo 1269 c.c., comma 1.

6.2. - Nè la fattispecie che qui viene in considerazione è assimilabile alla cointestazione del deposito bancario, suscettibile di integrare gli estremi di una donazione indiretta in favore del cointestatario con la messa a disposizione, senza obblighi di restituzione o di rendiconto, di somme di denaro in modo non corrispondente ai versamenti effettuati. Solo nella cointestazione, infatti, si realizza una deviazione in favore del terzo degli effetti attributivi del contratto bancario; laddove nel caso che ci occupa il contratto di deposito titoli in amministrazione conserva integra la causa sua propria, senza alcuna implementazione liberale, collocandosi l'ordine di bonifico dato alla banca dal beneficiante nella fase di esecuzione del contratto bancario di riferimento.

7. - In conclusione, deve essere enunciato il seguente principio di diritto: "Il trasferimento per spirito di liberalità di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli del beneficiante a quello del beneficiario realizzato a mezzo banca, attraverso l'esecuzione di un ordine di bancogiro impartito dal disponente, non rientra tra le donazioni indirette, ma configura una donazione tipica ad esecuzione indiretta; ne deriva che la stabilità dell'attribuzione patrimoniale presuppone la stipulazione dell'atto pubblico di donazione tra beneficiante e beneficiario, salvo che ricorra l'ipotesi della donazione di modico valore".

8. - I motivi in cui si compendia il ricorso - che possono essere scrutinati congiuntamente, stante la loro stretta connessione - si appalesano, a questo punto, fondati. Ha infatti errato la Corte d'appello a considerare l'ordine di bonifico del disponente atto idoneo a veicolare lo spirito di liberalità e a qualificarlo, sulla base di una ritenuta equiparazione all'operazione di cointestazione del deposito in conto corrente, come una donazione indiretta, per la quale



soltanto non si richiede la forma solenne prevista per la donazione tipica, pur quando il risultato di liberalità sia di ammontare elevato.

9. - La sentenza impugnata è cassata.

La causa deve essere rinviata ad altra sezione della Corte d'appello di Trieste. Il giudice del rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa, anche per le spese del giudizio di cassazione, ad altra sezione della Corte d'appello di Trieste.



**MEDIAZIONE - MEDIAZIONE ATIPICA - ATTIVITÀ DI PROCACCIAMENTO DI AFFARI –
DIRITTO ALLA PROVVISORIE**

CASS. CIV., SEZ. UN. , 2 AGOSTO 2017, N. 19161

In tema di mediazione, è configurabile, accanto alla mediazione ordinaria, una mediazione negoziale cosiddetta atipica, fondata su un contratto a prestazioni corrispettive, con riguardo anche ad una soltanto delle parti interessate (c.d. mediazione unilaterale). Tale ipotesi ricorre nel caso in cui una parte, volendo concludere un singolo affare, incarichi altri di svolgere un'attività intesa alla ricerca di un persona interessata alla conclusione del medesimo affare a determinate, prestabilite condizioni, e proprio per il suo estrinsecarsi in attività di intermediazione, rientra nell'ambito di applicabilità della disposizione prevista dall' art. 2, comma 4 della L. 3 febbraio 1989, n. 39, che, per l'appunto, disciplina anche ipotesi atipiche di mediazione per il caso in cui oggetto dell'affare siano beni immobili o aziende. Ove oggetto dell'affare siano altre tipologie di beni, e segnata mente beni mobili, l'obbligo di iscrizione sussiste solo per chi svolga la detta attività in modo non occasionale e quindi professionale o continuativo. Ove ricorra tale ipotesi, anche per l'esercizio di questa attività è richiesta l'iscrizione nell'albo degli agenti di affari in mediazione di cui al menzionato art. 2 della citata L. 3 febbraio 1989 n. 39 (ora, a seguito dell'abrogazione del ruolo dei mediatori, la dichiarazione di inizio di attività alla Camera di commercio, ai sensi dell' art. 73 del D.Lgs. 26 marzo 2010, n. 59), ragion per cui il suo svolgimento in difetto di tale condizione esclude, ai sensi dell'art. 6 della stessa legge, il diritto alla provvigione.

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CANZIO Giovanni - Primo Presidente f.f. -
Dott. BUCCIANTE Ettore - Presidente di Sezione -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di Sezione -
Dott. GIANCOLA Maria Cristina - Consigliere -
Dott. CURZIO Pietro - Consigliere -
Dott. AMBROSIO Annamaria - Consigliere -
Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Consigliere -
Dott. PETITTI Stefano - rel. Consigliere -
Dott. FRASCA Raffaele - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso iscritto al N.R.G. 26004 del 2013 proposto da:

P.L., rappresentata e difesa, per procura speciale a margine del ricorso, dagli Avvocati Pierfrancesco Bruno e Andrea Ciannavei, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, via Giuseppe Gioacchino Belli n. 39;



- ricorrente -

contro

COVIT s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, per procura speciale a margine del ricorso, dagli Avvocati Edoardo Andreotti-Loria, Michela Trentin e Mario Massano, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Otranto n. 36;

- controricorrente -

avverso la sentenza della Corte d'appello di Venezia n. 1176/2013, depositata in data 16 maggio 2013;

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 24 maggio 2016 dal Consigliere relatore Dott. Stefano Petitti;

sentiti, per la ricorrente, gli Avvocati Pierfrancesco Bruno e Andrea Ciannavei;

udito il P.M., in persona del Procuratore Generale Dott. CICCULO Pasquale Paolo Maria, che ha chiesto l'accoglimento del secondo motivo di ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. - P.L., titolare di uno studio tecnico industriale operante nel settore dei macchinari per cartiere, citò innanzi al Tribunale di Verona la società Covit s.r.l., che aveva acquistato, in una vendita fallimentare, l'impianto della cartiera (OMISSIS), e che ad ella si era rivolta per reperire acquirenti dei macchinari stessi, chiedendo che fosse condannata a pagarle Euro 120.000,00, pari alla somma tra la provvigione, convenuta nella misura del 6% del prezzo di vendita a terzi, individuati, per il tramite del suo interessamento, nella società australiana Encore Tissue, e l'ulteriore percentuale del 2% per la cessione dei disegni tecnici dei macchinari. L'attrice deduceva di essersi attivata a reperire potenziali acquirenti, che aveva prontamente comunicato alla società convenuta. La Covit s.r.l. si costituì, opponendosi all'accoglimento della domanda, sia contestando lo svolgimento degli antecedenti storici esposti in citazione, sia eccependo la nullità della pattuizione sulla provvigione, non essendo la P. iscritta nell'elenco dei mediatori; fece valere, in subordine, l'annullabilità per dolo incidente della ulteriore pattuizione del 2% , assumendo a tale proposito che falsamente la P. avrebbe dichiarato di dover dividere la provvigione con altra società, che avrebbe avuto la disponibilità dei disegni tecnici necessari per lo smontaggio dell'impianto e per la sua commercializzazione, così celando alla controparte di essere già in possesso degli elaborati medesimi.

2. - Con successivo atto di citazione del 28 maggio 2004, la Covit s.r.l., premesso che aveva acquisito la proprietà dell'immobile di provenienza fallimentare di cui agli atti; che nel gennaio 2002 P.L. si era offerta di reperire un acquirente per i macchinari siti all'interno del predetto immobile; che la società si era impegnata a versare la provvigione del 6% sul prezzo di acquisto alla quale, poi, era stato aggiunto un altro 2% poichè la convenuta aveva di-



chiarato che avrebbe dovuto dividere la provvigione con la società Over Meccanica di (OMISSIS); che aveva accertato che P.L. non era iscritta nell'albo dei mediatori e che, comunque, i negozi stipulati erano nulli per dolo o annullabili per errore essenziale, chiedeva che fosse dichiarata la nullità dei predetti negozi.

Si costituiva in questo giudizio P.L., contestando le affermazioni attoree e chiedendo che la domanda fosse respinta.

3. - Le cause venivano riunite innanzi al Tribunale di Verona che, con sentenza del 29 marzo 2010, n. 1797, condannò la Covit al pagamento della minor somma di Euro 85.000, da un lato, ritenendo inapplicabile la disciplina delle nullità degli accordi sulla provvigione se stipulati da mediatore professionale non iscritto all'albo, in quanto la P. avrebbe assunto la funzione di mera procacciatrice di affari, e, dall'altro, sostenendo la carenza della prova della stipulazione dell'accordo sull'ulteriore 2% .

4. - Avverso questa sentenza Covit s.r.l. proponeva appello che, nella resistenza della P., è stato accolto dalla Corte d'appello di Venezia, con sentenza n. 1176 del 16 maggio 2013, sulla base dell'assorbente rilievo della mancata dimostrazione della iscrizione della creditrice all'albo dei mediatori professionali, condizione essenziale per far sorgere il diritto alla provvigione.

5. - P.L. ha quindi proposto ricorso per cassazione sulla base di due motivi, denunciando, con il primo, la omessa o insufficiente motivazione sulle ragioni per le quali si sarebbe ritenuta applicabile anche ai mediatori atipici la disciplina normativa elaborata per quelli tipici; e contestando, con il secondo, l'interpretazione dell'art. 1754 c.c. , e L. n. 39 del 1989, art. 2, comma 4, conducente alla equiparazione - per il regime delle condizioni per l'insorgere del diritto alla provvigione - tra mediatori tipici ed atipici. Covit s.r.l. ha resistito con controrricorso.

6. - Il ricorso è stato avviato alla trattazione presso la 6^a Sezione di questa Corte, con proposta di inammissibilità dello stesso, per le sue modalità di redazione, ovvero di inammissibilità del primo motivo e di infondatezza del secondo.

A seguito di deposito di memorie e di difesa orale, la stessa Corte ha rinviato l'esame del ricorso alla Seconda Sezione in pubblica udienza, non ravvisando l'evidente infondatezza o fondatezza del ricorso stesso.

7. - Con ordinanza interlocutoria n. 22558 del 2015, la Seconda Sezione di questa Corte ha rimesso gli atti al Primo Presidente della Corte per l'eventuale assegnazione del ricorso a queste Sezioni Unite.

8. - Il ricorso è stato quindi discusso alla pubblica udienza del 24 maggio 2016.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con il primo motivo, la ricorrente denuncia la omessa o insufficiente motivazione sulle ragioni per le quali si sarebbe ritenuta applicabile anche ai mediatori atipici la disciplina normativa elaborata per quelli tipici.

Con il secondo motivo, la ricorrente - denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 1754 c.c. , e della L. n. 39 del 1989, art. 2, comma 4, - contesta che la norma che rende nulla la pattuizione di una provvigione se il soggetto che si pone come mediatore - e quindi in posizione di terzietà tra le parti messe in contatto - non sia iscritto nell'elenco di cui alla L. n. 39 del 1989, art. 2, si possa applicare anche ai c.d. procacciatori di affari (o rientranti nel-



la categoria dei mediatori atipici) atteso che questi, essendo stretti da un rapporto di mandato con il cliente, non si porrebbero in posizione di terzietà tra i soggetti intermediati e, dunque, non vi sarebbe ragione di estendere agli stessi le stesse sanzioni o gli stessi precetti normativi.

2. - La Seconda Sezione di questa Corte ha, in primo luogo, escluso che potesse essere ravvisata l'inaammissibilità del ricorso e ha, poi, rilevato la infondatezza del primo motivo in quanto, trovando applicazione - *ratione temporis* - la nuova formulazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, che limita la censurabilità della motivazione solo all'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio, che è stato oggetto di discussione tra le parti, deve ritenersi che la non condivisione da parte della ricorrente dell'interpretazione delle norme di riferimento sinteticamente giustificata dalla Corte del merito, non possa rientrare nello schema legale del "nuovo" testo dell'art. 360 c.p.c., n. 5, giacché la Corte territoriale ha preso posizione su una certa tesi giuridica ed ha anche giustificato tale opzione interpretativa con il richiamo ad una sentenza di legittimità.

3. - In relazione al secondo motivo di ricorso, la Seconda Sezione ha quindi sollecitato l'intervento di queste Sezioni Unite, rilevando che, in materia di mediazione atipica, "si riscontrano due orientamenti divergenti nella giurisprudenza della Corte: da un lato si sostiene che la disciplina di cui alla L. n. 39 del 1989 - e, in tempi più recenti, quella ricavabile dal D.Lgs. n. 59 del 2010, n. 5, (c.d. decreto Bersani bis) - non possa essere applicata alla mediazione atipica, con particolare riferimento al procacciamento di affari per la ontologica differenza tra le due figure, rinvenuta nella posizione di terzietà che assume il mediatore c.d. tipico, a differenza del rapporto che collega il procacciatore al cliente o preponente (Cass. n. 19066 del 2006; Cass. n. 7332 del 2009); dall'altro si afferma che, pur ferma restando tale diversità, sarebbe pur sempre identificabile un nucleo comune alle due figure rappresentato dalla interposizione tra più soggetti al fine di metterli in contatto per la conclusione di un affare (Cass. n. 4422 del 2009; Cass. n. 16147 del 2010, citata dalla sentenza di secondo grado; Cass. n. 15473 del 2011; Cass. n. 762 del 2014), tale dunque da spiegare la applicabilità della sanzione della perdita al diritto alla provvigione". Ha quindi rilevato che le suddette opzioni ermeneutiche non sono facilmente risolvibili in termini di scelta tra l'una e l'altra in quanto tendono a soddisfare finalità diverse, parimenti apprezzabili: il più risalente indirizzo appare sostanzialmente diretto a preservare la stretta interpretazione del dato normativo, al non dichiarato ma evidente fine di non lasciar senza compenso un'attività che pur sempre è stata svolta, quanto meno a beneficio del preponente; il più recente approdo interpretativo tende invece ad attrarre nell'orbita della mediazione tipica anche figure ad essa eccentriche, per combattere la piaga dell'abusivismo, soprattutto da parte di persone moralmente e professionalmente inidonee (vedi segnatamente Cass. n. 13184 del 2007); osservando poi che la individuazione della prevalenza degli interessi coinvolti dall'intervento normativo nelle ipotesi di procacciamento di affari incide sull'applicazione analogica della disciplina di settore, con particolare riferimento alla tematica della invalidità del contratto di mediazione stipulato con un mediatore abusivo, che impedirebbe il sorgere del diritto al compenso, atteso che i propugnatori dell'esistenza di essa, ne trovano il fondamento nell'incapacità giuridica dell'intermediario o nella contrarietà del suo agire rispetto alla norma imperativa; secondo altro orientamento, invece, la mancata iscrizione farebbe soltanto venire meno il diritto a percepire la provvigione, mentre - sotto il del 1989 - la nullità del contratto si avrebbe della L. n. 39 del 1989, nei casi di applicazione dell'art. 2231 c.c.. In questa prospettiva, nell'ordinanza di rimessione si è rilevato che "l'auspicato intervento regolatore delle Sezioni Unite consisterebbe di verificare se nella sistematica della legge



prevalga l'uno o l'altro degli indicati profili, con ricaduta sulla sussunzione o meno della figura del procacciatore di affari sotto la disciplina tipica del mediatore, in termini soprattutto contenitivi della libertà di azione del primo di non sottostare alle prescrizioni previste per il secondo. Il tutto senza sottovalutare che l'esito che l'interpretazione nomofilattica che si sollecita alle Sezioni Unite, potrebbe altresì sciogliere i dubbi circa il pericolo di compressione del diritto del (libero) procacciatore di affari ad ottenere il compenso - come visto, anche solo uno latere, per il lavoro svolto, quale affermato in sede Euro unitaria per l'agente di commercio rispetto al principio della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi - ex direttiva del Consiglio (CEE) n. 86/653/1986 - (...)" ; con la precisazione che "l'ulteriore argomento per sollecitare un intervento chiarificatore da parte delle Sezioni Unite viene rinvenuto dal Collegio nel progressivo stabilizzarsi, in sede di legittimità, di un indirizzo che nega, al mediatore non iscritto nei ruoli (e quindi, per la ricordata estensione interpretativa, anche al procacciatore di affari) - l'azione di ingiustificato arricchimento, sulla base della rinvenuta natura sanzionatoria della previsione di cui alla L. n. 39 del 1989, art. 8, soluzione questa conforme all'applicazione dei principi sul riscontro dei necessari presupposti dell'azione ex art. 2041 c.c. ma foriera di distorsioni applicative".

4. - Ai fini di una più agevole comprensione della problematica devoluta alla cognizione delle Sezioni Unite, è opportuno ricordare che, ai sensi dell'art. 1754 c.c. , è mediatore "colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza". Tale definizione deve essere coordinata con le previsioni contenute nella L. n. 39 del 1989 (ratione temporis applicabile nel caso di specie). In particolare, l'art. 2, di tale legge prevede, al comma 1, che presso ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura è istituito un ruolo degli agenti di affari in mediazione, nel quale devono iscriversi coloro che svolgono o intendono svolgere l'attività di mediazione, anche se esercitata in modo discontinuo o occasionale; stabilisce, al comma 2, che il ruolo è distinto in tre sezioni: una per gli agenti immobiliari, una per gli agenti merceologici ed una per gli agenti muniti di mandato a titolo oneroso, salvo ulteriori distinzioni in relazione a specifiche attività di mediazione da stabilire con il regolamento di cui all'art. 11; detta, al comma 3, i requisiti per l'iscrizione nel detto ruolo; prescrive, al comma 4, che l'iscrizione al ruolo debba essere richiesta anche se l'attività viene esercitata in modo occasionale o discontinuo, da coloro che svolgono, su mandato a titolo oneroso, attività per la conclusione di affari relativi ad immobili od aziende. Ai sensi dell'art. 6 di tale legge, poi, hanno diritto alla provvigione soltanto coloro che sono iscritti nei ruoli.

Il sistema previsto dalla L. n. 39 del 1989 , è stato modificato dal D.Lgs. 26 marzo 2010, n. 59 , il quale, all'art. 73, sotto la rubrica "Attività di intermediazione commerciale e di affari", ha previsto, al comma 1, la soppressione del ruolo di cui alla L. n. 39 del 1989, art. 2, (comma 1); ha disposto che le attività disciplinate da tale legge siano soggette a segnalazione certificata di inizio di attività, da presentare alla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura per il tramite dello sportello unico del comune competente per territorio ai sensi della L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 19, corredata delle autocertificazioni e delle certificazioni attestanti il possesso dei requisiti prescritti (comma 2); ha ulteriormente stabilito che la Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura verifichi il possesso dei requisiti e iscriva i relativi dati nel registro delle imprese, se l'attività è svolta in forma di impresa, oppure nel repertorio delle notizie economiche e amministrative (REA) previsto dalla L. 29 dicembre 1993, n. 580, art. 8, e dal D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581, art. 9, e successive modificazioni, assegnando ad essi la qualifica di intermediario per le diverse tipologie



di attività, distintamente previste dalla L. 3 febbraio 1989, n. 39 (comma 3); ha escluso l'applicabilità della nuova disciplina alle attività di agente d'affari non rientranti tra quelle disciplinate dalla L. n. 39 del 1989 (comma 4); ha disposto che le iscrizioni da esso previste per i soggetti diversi dalle imprese, siano effettuate in una apposita sezione del REA e abbiano effetto dichiarativo del possesso dei requisiti abilitanti all'esercizio della relativa attività professionale (comma 5); ha infine stabilito che, ad ogni effetto di legge, i richiami al ruolo contenuti nella L. n. 39 del 1989, si intendono riferiti alle iscrizioni previste dal presente articolo nel registro delle imprese o nel repertorio delle notizie economiche e amministrative (REA).

4.1. - Nella giurisprudenza di questa Corte, si è chiarito che il D.Lgs. n. 59 del 2010, non ha fatto venire meno la preclusione alla corresponsione del corrispettivo per effetto della mancata iscrizione del mediatore al ruolo. Si è infatti affermato che l'art. 73 citato ha soppresso il ruolo dei mediatori, previsto dalla L. n. 39 del 1989, art. 2, ma non ha abrogato quest'ultima legge, prescrivendo invece che l'attività sia soggetta a dichiarazione di inizio di attività, da presentare alla Camera di commercio territorialmente competente, la quale, previa verifica dei requisiti autocertificati, iscrive i mediatori nel registro delle imprese, se esercitano l'attività in forma di impresa, e, altrimenti, nel repertorio delle notizie economiche e amministrative assegnando la qualifica di intermediario per le diverse tipologie di attività previste dalla L. n. 39 del 1989. Ne consegue che la L. n. 39 del 1989, art. 6, secondo cui "hanno diritto alla provvigione soltanto coloro che sono iscritti nei ruoli", va interpretata nel senso che, anche per i rapporti di mediazione sottoposti alla normativa prevista dal D.Lgs. n. 59 del 2010, hanno diritto alla provvigione solo i mediatori che siano iscritti nei registri delle imprese o nei repertori tenuti dalla camera di commercio (Cass. n. 762 del 2014; Cass. n. 10125 del 2011, Cass. n. 16147 del 2010).

4.2. - Tanto premesso, giova ricordare che questa Corte ha evidenziato come la riserva dello svolgimento dell'attività di mediazione solo a soggetti in possesso di determinati requisiti di idoneità tecnica e morale e la previsione del rifiuto di ogni tutela al mediatore non iscritto nel ruolo si giustificano, nella discrezionale scelta del legislatore nazionale, in relazione alla peculiare importanza assunta dalla mediazione nello sviluppo dei traffici all'esigenza, sempre più avvertita, di tutelare il generale interesse ad un ordinato e corretto sviluppo di un'attività che spesso costituisce l'unico tramite per la conclusione degli affari (Cass. n. 13184 del 2007). Con la precisazione (Cass. n. 19066 del 2006, punto 7.3. dei Motivi della decisione) che la legge n. 39 del 1989 non si pone in contrasto con il diritto comunitario là dove essa condiziona il sorgere del diritto al compenso all'iscrizione nei ruoli, secondo anche quanto ritenuto dalla Corte di giustizia con sentenza 25 giugno 1992, in causa C-147/91, la quale ha statuito che la direttiva 67/43/CEE, concernente la realizzazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi per le attività non salariate relative al settore degli affari immobiliari, non impedisce allo Stato membro di riservare determinate attività rilevanti nel settore degli affari immobiliari alla persone autorizzate ad esercitare la professione di agente immobiliare. Si è quindi affermato che, a prescindere dalla sorte del contratto di mediazione, se cioè in relazione ad esso sia predicabile la nullità (Cass. n. 15849 del 2000; Cass. n. 14076 del 2002; Cass. n. 11247 del 2003; Cass. n. 8581 del 2013) ovvero no (Cass. n. 9380 del 2002), è comunque certo che il soggetto che esercita attività d'intermediazione, si tratti di persona fisica ovvero di impresa collettiva, ha diritto alla provvigione soltanto se ed in quanto sia iscritto nel ruolo, essendo la detta iscrizione elemento costitutivo della domanda (Cass. n. 5935 del 2005).

4.3. - Le indicazioni che si desumono sia dalla normativa applicabile, sia dalla giurisprudenza



za di questa Corte, assumono rilievo nel caso di specie, nel quale si discute del diritto al compenso spettante alla odierna ricorrente per l'attività di procacciamento di affari dalla stessa svolta su incarico della società resistente, al fine della individuazione di un acquirente per un complesso di macchinari di ingente valore. Pacifico essendo lo svolgimento di tale attività, certamente non riconducibile nell'ambito della mediazione tipica, per la quale operano i requisiti formali di iscrizione del mediatore all'albo di cui alla L. n. 39 del 1989, i profili di contrasto evidenziati nell'ordinanza di rimessione si appuntano sulla possibilità di attrarre anche il procacciatore d'affari nell'ambito della disciplina positivamente prevista per la mediazione, e quindi sulla necessità che il procacciatore di affari, per poter fondatamente richiedere il pagamento per l'attività espletata, debba o no essere iscritto nel ruolo di cui alla L. n. 39 del 1989, art. 2, ovvero nei registri o repertori di cui al D.Lgs. n. 59 del 2010, art. 73.

4.4. - Per un esatto inquadramento della vicenda appare quindi utile ricordare, in sintesi, che, come detto, mediatore è colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcune di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza. La sua attività si caratterizza per il fatto di essere imparziale rispetto alle parti messe in contatto, e il diritto alla provvigione sorge, ex art. 1755 c.c., solo quando la conclusione dell'affare è il risultato del suo intervento. Il medesimo diritto, peraltro, è subordinato alla iscrizione del mediatore nel ruolo degli agenti di affari di mediazione (ora alla segnalazione di inizio di attività certificata cui fa seguito la iscrizione nel registro delle imprese ovvero nel repertorio delle notizie economiche).

Il procacciatore d'affari è invece un collaboratore occasionale la cui attività promozionale normalmente attuativa del rapporto intercorrente con il preponente, dal quale soltanto può pretendere il pagamento della provvigione; egli è quindi collaboratore della società preponente (o dell'agente di quest'ultima), che svolge un'attività, caratterizzata dall'assenza di subordinazione e dalla mancanza di stabilità, consistente nella segnalazione di potenziali clienti e nella raccolta di proposte di contratto ovvero di ordini, senza intervenire nelle trattative per la conclusione dei contratti. Il suo compito è limitato a mettere in contatto le parti su incarico di una di queste.

Nella giurisprudenza di questa Corte, si afferma che costituisce elemento comune alla figura del mediatore e a quella del procacciatore d'affari la prestazione di un'attività di intermediazione diretta a favorire tra terzi la conclusione di un affare, con conseguente applicazione di alcune identiche disposizioni in materia di diritto alla provvigione, mentre l'elemento distintivo consiste nel fatto che il mediatore è un soggetto imparziale, e nel procacciamento di affari l'attività dell'intermediario è prestata esclusivamente nell'interesse di una delle parti (Cass. n. 27729 del 2005; Cass. n. 4422 del 2009; Cass. n. 26360 del 2016).

Il mediatore si distingue dal procacciatore di affari per l'imparzialità che è requisito tipico del mediatore, e per il rapporto di collaborazione che - assente secondo l'espresso dettato normativo nella mediazione (art. 1754 cod. civ.) caratterizza il procacciatore d'affari, il quale, anche senza carattere di stabilità, agisce nell'esclusivo interesse del preponente, solitamente imprenditore, raccogliendo proposte di contratto ovvero ordinazioni presso terzi e trasmettendogliele (Cass. n. 12694 del 2010).

Ove, invece, il procacciatore d'affari operi stabilmente con un determinato preponente, la disciplina del rapporto risulta assimilabile piuttosto al rapporto di agenzia, con conseguente inoperatività del disposto di cui alla L. n. 39 del 1989, art. 6. Si afferma infatti che al procacciatore d'affari sono applicabili, in via analogica, le disposizioni del contratto d'agenzia (Cass. n. 4422 del 2009; Cass. n. 26370 del 2016).



Il mediatore e il procacciatore d'affari individuano, quindi, due distinte figure negoziali – la prima tipica e la seconda atipica – che si differenziano per la posizione di imparzialità del mediatore rispetto al procacciatore, il quale, invece, agisce su incarico di una delle parti interessate, dalla quale soltanto può pretendere la provvigione. E proprio perchè il procacciatore d'affari agisce in base ad incarico di una parte può ritenersi che la sua attività debba essere attratta nell'ambito della mediazione atipica.

E' dunque configurabile, accanto alla mediazione ordinaria, una mediazione negoziale cosiddetta atipica, fondata su un contratto a prestazioni corrispettive, con riguardo anche ad una soltanto delle parti interessate (c.d. mediazione unilaterale). Tale ipotesi ricorre nel caso in cui una parte, volendo concludere un affare, incarichi altri di svolgere un'attività intesa alla ricerca di un persona interessata alla conclusione del medesimo affare a determinate, pre-stabilite condizioni. Essa, inoltre, rientra nell'ambito di applicabilità della disposizione prevista dalla L. n. 39 del 1989, art. 2, comma 4, che, per l'appunto, disciplina anche ipotesi atipiche di mediazione, stante la rilevanza, nell'atipicità, che assume il connotato della mediazione, alla quale si accompagna l'attività ulteriore in vista della conclusione dell'affare (Cass. n. 19066 del 1996; Cass. n. 16147 del 2010).

4.5. - Tanto premesso, e venendo al profilo specifico sul quale si è rilevata l'esistenza di un contrasto nella giurisprudenza di questa Corte, occorre rilevare che le posizioni contrarie alla estensione al procacciatore d'affari dell'obbligo di iscrizione, quale requisito essenziale per il sorgere del diritto alla corresponsione della provvigione, si fondano sulla natura eccezionale della disposizione di cui alla L. n. 39 del 1989, art. 6, e quindi sulla applicabilità del complesso di previsioni in quella legge contenuta esclusivamente al caso della mediazione tipica. Si è, infatti, affermato (Cass. n. 27729 del 2005) che, poichè la L. n. 39 del 1989, art. 1, - come già la L. n. 253 del 1958, art. 1, - dispone che le norme da essa previste si applicano ai mediatori di cui al capo XI del libro terzo del codice civile (con eccezioni che qui non rilevano), la norma eccezionale, come tale non estensibile analogicamente, di cui all'art. 6 della stessa legge, in forza della quale hanno diritto alla provvigione soltanto coloro che sono iscritti nei ruoli, trova applicazione anche ai procacciatori solo nel caso in cui si ritenga che tale categoria sia in tutto e per tutto equiparabile a quella dei mediatori, ma non anche nel caso opposto di due distinte figure negoziali. Mediazione e procacciamento d'affari, si sottolinea, individuano due distinte figure negoziali - la prima tipica e la seconda atipica - che si differenziano per la posizione di imparzialità del mediatore rispetto al procacciatore, il quale, invece, agisce su incarico di una delle parti interessate, dalla quale soltanto può pretendere la provvigione, sicchè il secondo non è soggetto all'applicazione della norma eccezionale di cui al citato art. 6 (Cass. n. 27729 del 2005; Cass. n. 1441 del 2005; Cass. n. 12106 del 2003).

Al contrario, si sostiene che le medesime ragioni che sottostanno alla previsione dell'obbligo di iscrizione del mediatore e alla configurazione di detta iscrizione quale condizione del diritto alla provvigione, debbano trovare applicazione anche nelle ipotesi di mediazione atipica, e quindi anche in quella del procacciatore d'affari, valorizzando il nucleo essenziale delle prestazioni svolte da mediatore e procacciatore d'affari, che consiste nello svolgimento dell'attività di mediazione. Si evidenzia, in questa prospettiva, il fatto che il codice qualifica come mediatore anche colui che ha ricevuto l'incarico di promuovere la conclusione dell'affare da una sola delle due parti (art. 1756 c.c.) ovvero colui che ha avuto l'incarico da una delle due parti di rappresentarla negli atti relativi all'esecuzione del contratto concluso con il suo intervento (art. 1761 c.c.). Il conferimento di un mandato - che si presume oneroso - non colloca l'attività svolta dall'incaricato al di fuori del perimetro della mediazione,



sempre che, ovviamente, l'incarico abbia ad oggetto la ricerca di un acquirente di un bene che il preponente intende alienare (Cass. n. 16147 del 2010; Cass. n. 19066 del 1996).
5. - Il Collegio ritiene che debba essere privilegiato questo secondo orientamento. Queste le ragioni.

La L. n. 39 del 1989, art. 2, comma 4, stabilisce che l'iscrizione al ruolo deve essere richiesta anche se l'attività viene esercitata in modo occasionale o discontinuo da coloro che svolgono, su mandato a titolo oneroso, attività per la conclusione di affari relativi ad immobili o ad aziende. E poichè nella nozione di mandato a titolo oneroso deve ritenersi rientri anche l'incarico conferito ad un soggetto o ad un'impresa finalizzato alla ricerca di altri soggetti interessati alla conclusione di un determinato affare, anche i procacciatori di affari, che su incarico di una parte svolgano l'attività di intermediazione per la conclusione di un affare concernente beni immobili o aziende, devono essere iscritti nel ruolo di cui alla L. n. 39 del 1989, con la conseguenza che la mancata iscrizione esclude il diritto alla provvigione. Ove si tenga conto che il comma 2, della medesima legge prevede che il ruolo degli agenti sia distinto in tre sezioni, una delle quali per gli agenti muniti di mandato a titolo oneroso, è agevole concludere che la occasionalità dell'attività svolta sulla base di mandato oneroso esonera dalla iscrizione dell'agente nella speciale sezione del ruolo solo nel caso in cui l'attività abbia ad oggetto beni diversi dai beni immobili o dalle aziende. In sintesi, l'attività occasionale svolta dal mediatore tipico o atipico che si riferisca alla intermediazione in affari concernenti beni mobili non richiede l'iscrizione di cui alla L. n. 89 del 1989, art. 2, (e ora al D.Lgs. n. 59 del 2010, art. 73). Ove viceversa l'attività sia svolta a titolo professionale, deve ritenersi che qualsiasi forma assuma la mediazione e qualsiasi sia l'oggetto della intermediazione, e quindi anche i beni mobili, il mediatore, tipico o atipico è tenuto all'iscrizione nel ruolo (ora nel registro delle imprese o nel repertorio delle attività economiche), con tutte le conseguenze che dalla mancanza di iscrizione derivano quanto al diritto alla provvigione.

5.1. - Quanto ai profili di compatibilità comunitaria e di coerenza costituzionale dell'obbligo di iscrizione di cui si discute, si deve qui rilevare che nella citata sentenza n. 13184 del 2007, si è rilevato che in seguito alla decisione della Corte di giustizia dell'Unione Europea in data 30 aprile 1998, resa nel procedimento C- 215 del 1997 Barbara Bellone c. Yokohama - che, decidendo una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione della direttiva 18 dicembre 1986, n. 653, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, ha statuito che detta direttiva "osta ad una normativa nazionale che subordini la validità di un contratto di agenzia all'iscrizione dell'agente di commercio in apposito albo" -, questa Corte ha escluso che la validità del contratto di agenzia possa essere subordinata all'iscrizione dell'agente nel relativo albo (così disapplicando la norma interna dell' art. 9 della legge n. 204 del 1985: Cass. n. 5505 del 2002; Cass. n. 3914 del 2002; Cass. n. 12580 del 1999). Nella stessa sentenza, tuttavia, si è chiarito che la citata direttiva n. 86/653/CEE, riguardando la figura dell'agente commerciale, e cioè "la persona che, in qualità di intermediario indipendente, è incaricata in maniera permanente di trattare per un'altra persona,... chiamata preponente, la vendita o l'acquisto di merci, ovvero di trattare e di concludere dette operazioni in nome e per conto del preponente" (art. 1, comma 2), non si rivolge al mediatore, il quale agisce in posizione di terzietà rispetto ai contraenti posti in contatto, a tale stregua differenziandosi dall'agente di commercio, che attua invece una collaborazione abituale e professionale con altro imprenditore (in tal senso, si veda anche Cass. n. 13636 del 2004). Ma non può ritenersi applicabile neanche al mediatore atipico o unilaterale, nè al procacciatore d'affari, difettando il requisito della collaborazione abituale e professionale con altro imprenditore.



Peraltro, come già rilevato, ove il procacciatore d'affari operi stabilmente con un determinato preponente, la disciplina del rapporto risulta assimilabile piuttosto al rapporto di agenzia, con conseguente inoperatività del disposto di cui alla L. n. 39 del 1989, art. 6.

In questa prospettiva, la riserva dello svolgimento dell'attività di mediazione - tipica o atipica - solo a soggetti in possesso di determinati requisiti di idoneità tecnica e morale e la previsione del rifiuto di ogni tutela al mediatore non iscritto nel ruolo si giustificano, nella discrezionale scelta del legislatore nazionale, in relazione alla peculiare importanza assunta dalla mediazione nello sviluppo dei traffici e all'esigenza, sempre più avvertita, di tutelare il generale interesse ad un ordinato e corretto sviluppo di un'attività che spesso costituisce l'unico tramite per la conclusione degli affari (Cass. n. 13184 del 2007, cit.).

Si deve solo ribadire che la direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 12 dicembre 2006, n. 123, relativa alla materia dei servizi nel mercato interno, attuata dal D.Lgs. n. 59 del 2010, con il quale è stato soppresso il ruolo dei mediatori, non ha posto ostacoli diretti alla conservazione degli effetti della pregressa normativa incidenti sulla retribuzione del mediatore non iscritto. E il D.Lgs. n. 59 del 2010, art. 73, non ha abrogato la L. n. 39 del 1989, sicchè l'art. 6 della stessa deve interpretarsi nel senso che, anche per i rapporti di mediazione sottoposti alla normativa di cui al tale decreto legislativo, hanno diritto alla provvigione i soli mediatori, tipici o atipici, iscritti nei registri o nei repertori tenuti dalla camera di commercio (Cass. n. 10205 del 2011; Cass. n. 16147 del 2010).

Da ultimo, deve poi rilevarsi che la esclusione del diritto alle provvigioni del mediatore nei casi in cui la detta iscrizione debba considerarsi obbligatoria trova fondamento nella L. n. 39 del 1989, art. 8, comma 1, il quale, prevedendo che chiunque eserciti l'attività di mediazione senza essere iscritto al ruolo è tenuto, oltre al pagamento della relativa sanzione amministrativa, anche alla restituzione alle parti contraenti delle provvigioni percepite, esclude la possibilità di agire nei confronti dei contraenti, ai sensi dell'art. 2033 c.c., a titolo di indebito oggettivo. Infatti, mentre quest'ultimo trova il proprio fondamento giuridico nell'assenza di causa dell'attribuzione patrimoniale effettuata, l'obbligo di restituzione del compenso previsto dal citato art. 8 costituisce una sorta di sanzione per lo svolgimento dell'attività senza previa iscrizione all'albo (Cass. n. 11025 del 2011, cit.).

6. - In conclusione, deve essere affermato il seguente principio di diritto: "è configurabile, accanto alla mediazione ordinaria, una mediazione negoziale cosiddetta atipica, fondata su un contratto a prestazioni corrispettive, con riguardo anche ad una soltanto delle parti interessate (c.d. mediazione unilaterale). Tale ipotesi ricorre nel caso in cui una parte, volendo concludere un singolo affare, incarichi altri di svolgere un'attività intesa alla ricerca di un persona interessata alla conclusione del medesimo affare a determinate, prestabilite condizioni, e proprio per il suo estrinsecarsi in attività di intermediazione, rientra nell'ambito di applicabilità della disposizione prevista dalla L. n. 39 del 1989, art. 2, comma 4, che, per l'appunto, disciplina anche ipotesi atipiche di mediazione per il caso in cui oggetto dell'affare siano beni immobili o aziende. Ove oggetto dell'affare siano altre tipologie di beni - e segnatamente beni mobili - l'obbligo di iscrizione sussiste solo per chi svolga la detta attività in modo non occasionale e quindi professionale o continuativo. Ove ricorra tale ipotesi, anche per l'esercizio di questa attività è richiesta l'iscrizione nell'albo degli agenti di affari in mediazione di cui alla citata L. n. 39 del 1989, menzionato art. 2, (ora, a seguito dell'abrogazione del ruolo dei mediatori, la dichiarazione di inizio di attività alla Camera di commercio, ai sensi del D.Lgs. n. 59 del 2010, art. 73), ragion per cui il suo svolgimento in difetto di tale condizione esclude, ai sensi dell'art. 6 della stessa legge, il diritto alla provvigione".



7. - Venendo, quindi, al caso di specie, il secondo motivo di ricorso va rigettato, pur se la motivazione della sentenza impugnata deve essere corretta alla luce dell'enunciato principio di diritto.

La Corte d'appello di Venezia, invero, ha accolto il gravame proposto da COVIT s.r.l. facendo diretta applicazione del principio affermato da questa Corte con la sentenza n. 16147 del 2010; ha cioè ritenuto che per il procacciatore d'affari sussista sempre e comunque l'obbligo di iscrizione al ruolo di cui alla L. n. 39 del 1989, art. 2, facendo discendere dalla riscontrata - e non contestata - mancata iscrizione nel detto ruolo l'operatività della disposizione di cui alla L. n. 39 del 1989, art. 6.

In tal modo, la Corte d'appello, nella parte riservata ai motivi della decisione, non ha svolto l'indagine in ordine alla sussistenza, nel caso di specie, dei requisiti per i quali l'attività di procacciamento d'affari avente ad oggetto beni mobili richiede comunque l'iscrizione nel ruolo dei mediatori.

Tuttavia, il Collegio rileva che dagli elementi della fattispecie risultanti dalla sentenza impugnata e dagli scritti difensivi delle parti, quell'obbligo doveva essere ritenuto sussistente in quanto: la odierna ricorrente si qualifica "titolare di omonimo Studio"; l'affare oggetto della domanda di provvigioni aveva ad oggetto un rilevante complesso di beni mobili (macchinari provenienti da una cartiera appartenente a società dichiarata fallita), acquistati, grazie alla intermediazione della ricorrente, per il prezzo di 1.500.000; dalla sentenza di primo grado, trascritta nel ricorso per cassazione, si riferisce che la COVIT s.r.l. si era impegnata a corrispondere la provvigione non solo con riguardo alla effettiva acquirente, ma anche ove la cessione fosse stata conclusa con altre ditte proposte dalla ricorrente. Si tratta, all'evidenza, di elementi dai quali emerge in maniera inequivoca che la ricorrente svolgeva la propria attività in modo professionale e certamente non occasionale. Pertanto, pur se l'affare alla conclusione del quale è riferita la domanda di corresponsione delle provvigioni pattuite ha avuto ad oggetto un complesso di beni mobili, deve concludersi che si è in presenza di un'attività di mediazione atipica il cui svolgimento era soggetto alla iscrizione nel ruolo di cui alla L. n. 39 del 1989, art. 2. E poichè la ricorrente pacificamente non era iscritta in tale ruolo, deve concludersi che correttamente la Corte d'appello ha escluso il suo diritto alla corresponsione delle provvigioni pattuite.

8. - In conclusione, il ricorso è respinto.

La decisione ha comportato la remissione alle Sezioni Unite per la soluzione di un contrasto: le spese del giudizio di cassazione possono, pertanto, essere compensate tra le parti. Poichè il ricorso è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013 ed è respinto, sussistono le condizioni per dare atto - ai sensi della L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2013), che ha aggiunto il comma 1-quater all'art. 13, del testo unico di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 - della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione integralmente rigettata.

P.Q.M.

La Corte, decidendo a Sezioni Unite, rigetta il ricorso e compensa tra le parti le spese del giudizio di cassazione.



Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. n. 228 del 012, art. 1, comma 17, dichiara la 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 dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, il 24 maggio 2016.

Depositato in Cancelleria il 2 agosto 2017.



**DANNO NON PATRIMONIALE - PERSONALIZZAZIONE - LIQUIDAZIONE E VALUTAZIONE
INAMMISSIBILITÀ DUPLICAZIONE RISARCITORIA**

CASS. CIV. SEZ. III, 21 SETTEMBRE, 2017, SENT. N. 21939

Ai fini della c.d. personalizzazione del danno non patrimoniale forfettariamente individuati (in termini monetari) attraverso i meccanismi tabellari cui la sentenza abbia fatto riferimento (e che - occorre ribadire - devono ritenersi destinati alla riparazione delle conseguenze ordinarie inerenti ai pregiudizi che qualunque vittima di lesioni analoghe normalmente subirebbe), spetta al giudice far emergere e valorizzare, in coerenza alle risultanze argomentative e probatorie obiettivamente emerse ad esito del dibattito processuale, le specifiche circostanze di fatto, peculiari al caso sottoposto ad esame, che valgano a superare le conseguenze ordinarie già previste e compensate dalla liquidazione forfettizzata del danno non patrimoniale assicurata dalle previsioni tabellari; da esse distinguendosi siccome legate all'irripetibile singolarità dell'esperienza di vita individuale nella specie considerata, caratterizzata da aspetti legati alle dinamiche emotive della vita interiore, o all'uso del corpo e alla valorizzazione dei relativi aspetti funzionali, di per sé tali da presentare obiettive e riconoscibili ragioni di apprezzamento (in un'ottica che, ovviamente, superi la dimensione economicistica dello scambio di prestazioni), meritevoli di tradursi in una differente (più ricca e, dunque, individualizzata) considerazione in termini monetari, rispetto a quanto suole compiersi in assenza di dette peculiarità.

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. SPIRITO Angelo - Presidente -
Dott. DE STEFANO Franco - Consigliere -
Dott. DELL'UTRI Marco - rel. Consigliere -
Dott. PELLECCIA Antonella - Consigliere -
Dott. SPAZIANI Paolo - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 15793-2014 proposto da:

GROUPAMA ASSICURAZIONI SPA, (GIA' NUOVA TIRRENA SPA) in persona del Procuratore Speciale Dott. R.P., elettivamente domiciliata in ROMA, V.DELLA CROCE 44, presso lo studio dell'avvocato ERNESTO GRANDINETTI, che la rappresenta e difende giusta procura speciale in calce al ricorso;
- ricorrente -

contro



C.M., D.M.D., elettivamente domiciliati in ROMA, VIA PANAMA 88, presso lo studio www.comparazionedirittocivile.it
dell'avvocato GIORGIO SPADAFORA, che li rappresenta e difende giusta procura
speciale in calce al controricorso;
- controricorrenti -

e contro

D.M.D., M.M.P., Ri.CR.;
- intimati -

avverso

la sentenza n. 2051/2013 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 29/04/2013;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 06/07/2017 dal Consigliere
Dott. MARCO DELL'UTRI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. PEPE Alessandro, che ha
concluso per il rigetto;

udito l'Avvocato ERNESTO GRANDINETTI;

udito l'Avvocato GIORGIO SPADAFORA.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con sentenza resa in data 29/4/2013, la Corte d'appello di Roma, in accoglimento dell'appello proposto da C.M. e D.M.D., e in parziale riforma della decisione di primo grado, ha rideterminato in aumento l'entità dell'importo liquidato dal primo giudice in favore degli appellanti, originari attori, con la conseguente riformulazione della condanna pronunciata nei confronti di Ri.Cr., M.M.P. e della Nuova Tirrena s.p.a., per il risarcimento del danno subito dagli attori in relazione agli esiti di un sinistro stradale in occasione del quale C.M., a bordo del proprio ciclomotore, era stato investito dall'autovettura condotta da Ri.Cr., di proprietà di M.M.P. e assicurata dalla Nuova Tirrena s.p.a.
2. A sostegno della decisione assunta, la corte territoriale, confermata la concorrente responsabilità dei protagonisti del sinistro, in applicazione dell'art. 2054 c.c., comma 2, ha ritenuto di dover procedere a una più adeguata personalizzazione degli importi liquidati a titolo risarcitorio dal primo giudice, attraverso il riconoscimento di voci risarcitorie aggiuntive a quelle individuate sul piano meramente tabellare nella sentenza di primo grado.
3. Avverso la sentenza d'appello, la Groupama Assicurazioni s.p.a. (già Nuova Tirrena s.p.a.), propone ricorso per cassazione sulla base di quattro motivi d'impugnazione illustrati da successiva memoria.
4. C.M. e D.M.D. resistono con controricorso, cui ha fatto seguito il deposito di successiva memoria.



MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con i quattro motivi d'impugnazione proposti, la società ricorrente censura la sentenza impugnata per violazione dell'art. 2059 c.c., nonché per omesso esame di fatti decisivi controversi (in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5), in relazione al tema della liquidazione del danno non patrimoniale e della relativa personalizzazione, tanto con riguardo alla quantificazione del danno alla persona direttamente subito dalla vittima (primo e secondo motivo), quanto in relazione all'individuazione del pregiudizio riflesso subito dalla coniuge del soggetto direttamente danneggiato (terzo e quarto motivo).

Al riguardo, la società ricorrente si duole della mancata individuazione, da parte della corte territoriale, delle specifiche circostanze di fatto riferibili con carattere di originalità e irripetibilità in relazione alle persone dei danneggiati, idonee a rendere conto in modo inequivoco del carattere giustificato dell'adeguamento degli importi definiti nella tabella utilizzata ai fini della liquidazione del danno biologico, essendosi i giudici d'appello viceversa limitati al richiamo di occorrenze del tutto astratte, già necessariamente ricomprese nelle previsioni generali della liquidazione tabellare del danno biologico, tanto permanente, quanto temporaneo, con il conseguente (inammissibile) riconoscimento di vere e proprie duplicazioni risarcitorie in favore del danneggiato. Quanto alla liquidazione del danno in favore della coniuge del C. (D.M.D.), la corte territoriale avrebbe arbitrariamente e illogicamente utilizzato le tabelle del danno da perdita del rapporto parentale per morte del congiunto, adattandole al caso di specie attraverso una riduzione percentuale in nessun modo giustificata.

2. Il primo motivo - riferito alla violazione dell'art. 2059 c.c. (da leggere in connessione agli artt. 2056 e 1226 c.c., con riguardo alla personalizzazione del danno subito dalla vittima di un sinistro stradale) - è fondato e suscettibile di assorbire la rilevanza del secondo motivo.

Secondo il consolidato insegnamento della giurisprudenza di questa Corte, la categoria generale del danno non patrimoniale - che attiene alla lesione di interessi inerenti alla persona non connotati da valore di scambio - presenta natura composita, articolandosi in una serie di aspetti (o voci) aventi funzione meramente descrittiva, quali il danno morale (identificabile nel paterna d'animo o sofferenza interiore subiti dalla vittima dell'illecito, ovvero nella lesione arrecata alla dignità o integrità morale, quale massima espressione della dignità umana), quello biologico (inteso come lesione del bene salute) e quello esistenziale (costituito dallo sconvolgimento delle abitudini di vita del soggetto danneggiato), dei quali - ove essi ricorrano cumulativamente - occorre tenere conto in sede di liquidazione del danno, in ossequio al principio dell'integralità del risarcimento, senza che a ciò osti il carattere unitario della liquidazione, da ritenere violato solo quando lo stesso aspetto (o voce) venga computato due (o più) volte sulla base di diverse, meramente formali, denominazioni (cfr. Sez. 3, Sentenza n. 1361 del 23/01/2014, Rv. 629364 - 01).

Sul piano strettamente operativo, muovendo dalla considerazione del danno alla salute (o biologico), il compito cui è chiamato il giudice ai fini della relativa liquidazione, va distinto concettualmente in due fasi: la prima, volta a individuare le conseguenze ordinarie inerenti al pregiudizio, cioè quelle che qualunque vittima di lesioni analoghe subirebbe (tenuto conto che, secondo la definizione di cui all'art. 138, il danno biologico s'intende come la lesione temporanea o permanente all'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ri-



percussioni sulla sua capacità di produrre reddito); la seconda, volta a individuare le eventuali conseguenze peculiari, cioè quelle che non sono immancabili, ma che si sono verificate nel caso specifico. Le prime vanno monetizzate con un criterio uniforme; le seconde con criterio ad hoc scevro da automatismi (cfr. Sez. 3, Sentenza n. 16788 del 13/08/2015, Rv. 636384 - 01).

Da tali premesse discende che, ai fini della c.d. personalizzazione del danno non patrimoniale forfettariamente individuato (in termini monetari) attraverso i meccanismi tabellari cui la sentenza abbia fatto riferimento (e che - occorre ribadire - devono ritenersi destinati alla riparazione delle conseguenze ordinarie inerenti ai pregiudizi che qualunque vittima di lesioni analoghe normalmente subirebbe), spetta al giudice far emergere e valorizzare, in coerenza alle risultanze argomentative e probatorie obiettivamente emerse ad esito del dibattito processuale, le specifiche circostanze di fatto, peculiari al caso sottoposto ad esame, che valgano a superare le conseguenze ordinarie già previste e compensate dalla liquidazione forfettizzata del danno non patrimoniale assicurata dalle previsioni tabellari; da esse distinguendosi siccome legate all'irripetibile singolarità dell'esperienza di vita individuale nella specie considerata, caratterizzata da aspetti legati alle dinamiche emotive della vita interiore, o all'uso del corpo e alla valorizzazione dei relativi aspetti funzionali, di per sé tali da presentare obiettive e riconoscibili ragioni di apprezzamento (in un'ottica che, ovviamente, superi la dimensione economicistica dello scambio di prestazioni), meritevoli di tradursi in una differente (più ricca e, dunque, individualizzata) considerazione in termini monetari, rispetto a quanto suole compiersi in assenza di dette peculiarità.

Tale personalizzazione del danno legato agli aspetti immediatamente riferiti al pregiudizio della salute della vittima è quindi caratterizzata da un'opportuna rivisitazione, e da un aggiuntivo adeguamento monetario, alla luce delle ulteriori circostanze di fatto al cui rilievo e alla cui valorizzazione il giudice è tenuto a provvedere (come già avvertito, sulla base delle risultanze argomentative e probatorie obiettivamente emerse ad esito del dibattito processuale) là dove si profilino aspetti che attengano a una specifica e particolare sofferenza interiore patita dalla vittima dell'illecito (che, in ossequio al linguaggio tradizionale, si traduce con l'espressione che allude al c.d. danno morale soggettivo), e/o alla sofferenza derivante dallo sconvolgimento delle abitudini di vita del soggetto danneggiato che siano ricollegabili (non già al rilievo di aspetti idiosincratici, di comune riferibilità, o di non apprezzabile considerazione, in una prospettiva di solidarietà relazionale, bensì) alla lesione di interessi che assumano consistenza sul piano del disegno costituzionale della vita della persona.

Ciò posto, osserva il Collegio come, nel caso di specie, la Corte d'appello di Roma, nel considerare l'opportunità di provvedere a una più adeguata personalizzazione del danno non patrimoniale già riconosciuto dal giudice di primo grado in relazione ai danni alla persona subiti da C.M. attraverso l'importo c.d. tabellare allo stesso riferito, si sia erroneamente diffusa all'apprezzamento di circostanze solo asseritamente personalizzanti (e genericamente individuate come: "aiuto di terzi"; "paterni"; "motivi particolari"; "presidi"; "visibilità"; "iter clinico"; "terapia"; "chirurgia"; "rinunce"; "motivi familiari e sociali", etc.), trascurando di procedere all'opportuna articolazione analitica di dette voci attraverso la valorizzazione dei profili di concreta riferibilità e inerenza alla personale, specifica e irripetibile, esperienza di vita del C., potendo astrattamente riferirsi, ciascuna delle voci richiamate nella motivazione della sentenza impugnata, a qualunque altro soggetto che fosse ordinariamente incorso nelle medesime conseguenze lesive.

Appare d'immediata percezione, pertanto, come una simile modalità di personalizzazione del danno non patrimoniale (incline ad aggiungere poste risarcitorie per ogni conseguenza



che di regola segue quel particolare tipo di lesioni) non possa che tradursi in un'inevitabile (e inammissibile) duplicazione risarcitoria, sol che si ponga mente alla circostanza per cui ciascuna delle conseguenze ordinariamente secondarie a quel tipo di lesioni (di quella specifica entità e riferite a un soggetto di quella specifica età anagrafica) devono presumersi come già per intero ricomprese nella liquidazione del danno alla persona operata attraverso il meccanismo c.d. tabellare.

Sulla base di tali considerazioni, in accoglimento della censura in esame (assorbito il secondo motivo di ricorso), dev'essere disposta la cassazione della sentenza impugnata, con il conseguente rinvio ad altra Sezione della Corte d'appello di Roma, cui è rimesso di provvedere alla rinnovazione della liquidazione equitativa del danno alla persona subito da C.M. nel rispetto del seguente principio di diritto:

"Con riguardo alla liquidazione del danno non patrimoniale, ai fini della c.d. personalizzazione del danno forfettariamente individuato (in termini monetari) attraverso i meccanismi tabellari cui la sentenza abbia fatto riferimento (e che devono ritenersi destinati alla riparazione delle conseguenze ordinarie inerenti ai pregiudizi che qualunque vittima di lesioni analoghe normalmente subirebbe), spetta al giudice far emergere e valorizzare, dandone espressamente conto in motivazione in coerenza alle risultanze argomentative e probatorie obiettivamente emerse ad esito del dibattito processuale, le specifiche circostanze di fatto, peculiari al caso sottoposto ad esame, che valgano a superare le conseguenze ordinarie già previste e compensate dalla liquidazione forfettizzata del danno non patrimoniale assicurata dalle previsioni tabellari; da queste ultime distinguendosi siccome legate all'irripetibile singolarità dell'esperienza di vita individuale nella specie considerata, caratterizzata da aspetti legati alle dinamiche emotive della vita interiore o all'uso del corpo e alla valorizzazione dei relativi aspetti funzionali, di per sè tali da

presentare obiettive e riconoscibili ragioni di apprezzamento (in un'ottica che, ovviamente, superi la dimensione economicistica dello scambio di prestazioni), meritevoli di tradursi in una differente (più ricca e, dunque, individualizzata) considerazione in termini monetari, rispetto a quanto suole compiersi in assenza di dette peculiarità".

3. Quanto alla liquidazione del danno non patrimoniale sofferto da D.M.D., come conseguenza dei gravi pregiudizi alla salute sofferti dal proprio coniuge, varrà preliminarmente evidenziare, come, in linea di principio, i meccanismi di articolazione del canone equitativo che presiede all'individuazione della somma ritenuta idonea a compensare lo specifico pregiudizio (non patrimoniale) patito dall'istante, chiedano d'essere necessariamente vincolati all'operatività di criteri di razionalità obiettivamente controllabili, sì da soddisfare l'esigenza di una congrua forma di riparazione dello specifico pregiudizio subito dal danneggiato, senza tradursi in un'arbitraria (e oggettivamente incomprensibile) determinazione quantitativa del danno, priva di concreti e obiettivi spunti di riferibilità allo specifico caso individuale sottoposto a esame.

Muovendo da tale prospettiva, a titolo di esempio, la giurisprudenza di questa Corte ha avuto modo di specificare come il danno non patrimoniale patito dai prossimi congiunti della vittima di lesioni personali, dovendo essere liquidato attraverso la necessaria considerazione di tutte le circostanze del caso concreto e senza alcun automatismo, deve ritenersi illogicamente ed erroneamente determinato ove il giudice ne abbia quantificato l'entità (come nella specie accaduto per la liquidazione operata dal giudice di primo grado in relazione all'odierna controversia) in misura pari, sic et simpliciter, a una frazione del danno non patrimoniale patito dalla vittima primaria (cfr. Sez. 3, Sentenza n. 22909 del 13/12/2012, Rv. 624633 - 01).



Occorre dunque che il giudice provveda all'integrale riparazione secondo un criterio di personalizzazione del danno, che, escluso ogni semplicistico meccanismo di liquidazione tipo automatico, tenga conto, pur nell'ambito di criteri predeterminati, delle condizioni personali e soggettive del danneggiato, della gravità delle conseguenze pregiudizievoli e delle particolarità del caso concreto, al fine di valutare, in termini il più possibile equilibrati e realistici, l'effettiva entità del danno.

Il danno subito dal congiunto, conseguentemente, dev'essere concretamente accertato sulla base di una valutazione complessiva ed equitativa, che tenga conto della peculiare relazione affettiva del danneggiato con la vittima, in relazione alla peculiare situazione familiare, alle abitudini di vita, alla consistenza del nucleo familiare e alla compromissione che ne sia derivata dal sinistro, e di ogni altra circostanza ritenuta rilevante in relazione al particolare caso sottoposto ad esame.

Nel caso di specie, con riguardo alla posizione di D.M.D., la corte territoriale ha avuto cura di vincolare la liquidazione del danno dalla stessa sofferto assumendo, come parametro di riferimento, i criteri tabellari in uso presso il Tribunale di Roma per la liquidazione del danno non patrimoniale da morte di congiunto, apportando a tale dato una riduzione percentuale (pari a un terzo) in ragione della diversa situazione valutata in concreto.

Si tratta, pertanto, del richiamo - sia pure d'indole regolativa - a un parametro che comunque ha riguardo alla liquidazione di danni riferiti a un pregiudizio proprio dell'istante sofferto a seguito di fatti o eventi che, pur immediatamente riferiti alla persona del congiunto, inevitabilmente appaiono destinati a riflettersi sulla sfera giuridico-esistenziale dello stesso soggetto che ne invoca il risarcimento.

Muovendo da tale punto di partenza, la corte territoriale ha quindi provveduto ad adeguare l'importo individuato in favore della odierna controricorrente tenendo conto: del particolare tipo di legame tra la danneggiata e la vittima del sinistro; dell'età di entrambi, dell'entità e della consistenza del rapporto di convivenza; della circostanza costituita dalla presenza di una figlia maggiorenne (idonea a costituire un valido aiuto morale e materiale suscettibile di temperare la gravità delle conseguenze dannose); nonché infine dell'esigenza di ridurre proporzionalmente l'importo ottenuto in ragione della diversità della situazione concreta, costituita da un grave infortunio, anziché dalla morte del congiunto: occorrenze di fatto, queste ultime, che, benché di (intuibile) diversa entità, appaiono comunque assimilabili sotto il comune profilo della sofferenza patita dal coniuge dell'infortunato.

Osserva il Collegio come lo sviluppo argomentativo così compendiato nella motivazione dettata nella sentenza impugnata, con riguardo alla liquidazione del danno sofferto da D.M.D., debba ritenersi dotato di sufficiente adeguatezza e congruità, siccome idoneo a integrare una valida giustificazione sul piano della valutazione equitativa del danno, nella specie ancorata a criteri obiettivi e predeterminati, adeguatamente correlati alla specifica situazione concreta sottoposta ad esame e dotata di razionale controllabilità.

Tanto vale a escludere il ricorso del vizio di violazione di legge denunciato (con il terzo motivo di ricorso) dall'odierna società ricorrente, così come di quello dedotto (con il quarto motivo di ricorso) ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5, avendo sul punto la società assicuratrice financo trascurato l'identificazione delle eventuali circostanze di fatto, d'indole decisiva e controversa tra le parti, il cui esame sarebbe stato in ipotesi omesso dalla considerazione complessiva della sentenza impugnata.

4. Sulla base delle argomentazioni che precedono, in accoglimento del primo motivo di ricorso - assorbito il secondo e rigettati il terzo e il quarto -, dev'essere pronunciata la cassazione della sentenza impugnata in relazione al motivo accolto, con rinvio ad altra sezione



della Corte d'appello di Roma, cui è rimesso di provvedere alla rinnovazione della liquidazione equitativa del danno alla persona subito da C.M. nel rispetto del principio di diritto in precedenza indicato, oltre alla regolazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

Accoglie il primo motivo di ricorso e, assorbiti il secondo e rigettati il terzo e il quarto, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto, e rinvia ad altra Sezione della Corte d'appello di Roma, cui è altresì rimesso di provvedere sulla regolazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 6 luglio 2017.

Depositato in Cancelleria il 21 settembre 2017.



JUDGMENT OF THE GENERAL COURT (FOURTH CHAMBER)
20 NOVEMBER 2017

(Member of the European Parliament — Refusal of access to the buildings of the Parliament — Third-country national — Article 21 of the Charter of Fundamental Rights — Discrimination on grounds of ethnic origin — Discrimination on grounds of nationality — Admissibility of a plea — Discrimination on grounds of political opinions — Equal treatment — Misuse of powers)

In Case T 452/15,
Andrei Petrov, residing in Saint Petersburg (Russia),
Fedor Biryukov, residing in Moscow (Russia),
Alexander Sotnichenko, residing in Saint Petersburg,
represented by P. Richter, lawyer,

applicants,

European Parliament, represented by N. Görlitz and M. Windisch, acting as Agents,

defendant,

ACTION under Article 263 TFEU seeking annulment of the Parliament's decision of 16 June 2015 refusing the applicants access to its premises,
THE GENERAL COURT (Fourth Chamber),
composed of H. Kanninen, President, L. Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín (Rapporteur) and I. Reine, Judges,
Registrar: S. Bukšek Tomac, Administrator,
having regard to the written part of the procedure and further to the hearing on 24 January 2017,
gives the following

JUDGMENT

BACKGROUND TO THE DISPUTE

1. In the elections of 25 May 2014, Mr Udo Voigt, applicant in the case registered with the Registry of the General Court under number T 618/15, was elected as a Member of the European Parliament (MEP) on the list of a German party, the Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD). Since then, he has held a seat in the Parliament as a non-attached Member.
2. On 22 March 2015, a political forum, entitled 'International Russian Conservative Forum' was held in Saint Petersburg (Russia), to which Mr Voigt was invited by the Russian



party Rodina and which was attended by the three applicants, Messrs Andrei Petrov, Fedor Biryukov and Alexander Sotnichenko.

3. As part of that forum, an assistant of Mr Voigt, by email of 3 June 2015, informed the Parliament's press service of Mr Voigt's intention to organise a press conference entitled 'Our actions to avoid a cold and hot war in Europe' ('the press conference') on 16 June 2015. That press conference was to take place in the presence of six participants, being Mr Voigt, a Greek Member, two former Italian and UK Members and Messrs Petrov and Biryukov, both Russian nationals and members of the Russian political party Rodina. Mr Voigt's assistant requested that one of the Parliament's rooms and interpretation infrastructure be made available to him for that purpose.

4. As a further part of the forum entitled 'International Russian Conservative Forum', on 9 June 2015 Mr Voigt's assistant requested the Parliament's Directorate-General for Security (DG Security), the service responsible for accreditation, to issue access passes for 21 persons including five Russian nationals, being the three applicants, Ms E.N. and Ms P.E., for the purposes of a second event, being a working meeting entitled 'Meeting on European cooperation', also scheduled for 16 June 2015 ('the working meeting').

5. Also on 9 June 2015, DG Security, by email, acknowledged receipt of the request for accreditation. That acknowledgement of receipt bore a reference number allowing for the access passes to be picked up on 16 June 2015 and included an attachment confirming that the event complied with security requirements, but specifying that the organiser was not exempt from the usual authorisation procedure.

6. On 9 June 2015 as well, the press service informed Mr Voigt's assistant by email that its political authorities had instructed it not to make the equipment requested for the press conference available to him ('the press service's email'). That email referred to the restrictions on access imposed by the Parliament on Russian politicians and diplomats and to the risk of disturbance of the Parliament's activities caused by the presence of Messrs Petrov and Biryukov.

7. On 10 June 2015, the Parliament adopted European Parliament resolution of 10 June 2015 on the state of EU-Russia relations (2015/2001(INI)) (OJ 2016 C 407, p. 35) ('the resolution of 10 June 2015'), which had been in discussion since 15 January of that year.

8. On 16 June 2015, Mr Voigt's assistant picked up his guests' access passes for the working meeting. In the course of the morning, however, the Accreditation Unit of DG Security informed him by email that, in the light of the list of participants at that meeting and in view of instructions received from the Cabinet of the President of the Parliament, access to the Parliament's premises was refused to the five Russian nationals, including the applicants ('the contested decision').

PROCEDURE AND FORMS OF ORDER SOUGHT

9. By application lodged at the Registry of the General Court on 10 August 2015, the applicants brought the present action against the Parliament and its President.

10. By order of 18 September 2015, *Petrov and Others v Parliament* (T 452/15, not published, EU:T:2015:709), the Court dismissed the action in so far as it was brought against the President of the Parliament.



11. On 12 January 2016, the applicants lodged a reply and, on 25 February following, the Parliament lodged a rejoinder.

12. The applicants claim that the Court should:

- annul the contested decision;
- order the Parliament to pay the costs.

13. The Parliament that the Court should:

- dismiss the action as unfounded;
- order the applicants to pay the costs.

14. By letter of 7 December 2016, the Court notified the Parliament of measures of organisation of procedure, to which it replied on 21 December following.

LAW

The admissibility of the reply

15. In the rejoinder, the Parliament expressed doubts as to the admissibility of the reply on the ground that it set out inconsistent views and allegations, of which the link with the pleas set out in the application was uncertain.

16. In that regard, under Article 83 of the Rules of Procedure of the General Court, the application may be supplemented by a reply. Moreover, paragraph 142 of the Practice rules for the implementation of those Rules of Procedure states that, '[t]he framework and the pleas in law or complaints at the heart of the dispute having been set out ... in depth in the application ..., the purpose of the reply ... [is] to allow the applicant ... to make clear [its] position or to refine [its] arguments on an important issue, and to respond to new matters raised in the defence ...'.

17. In the present case, although the reply contains some ambiguities, it does on the whole meet the criteria set out above. Moreover, even if it does contain some elements of complaint which might arguably be held to be new pleas, that does not warrant the reply in its entirety being excluded from the pleadings. That fact is merely liable to cast doubt on the admissibility of those specific arguments, which it will be appropriate to consider as part of the examination of each relevant plea individually.

18. The reply must accordingly be held to be admissible.

SUBSTANCE

Preliminary observations

19. In the application, the applicants put forward two pleas in law, the first alleging 'infringement of the Treaties' and the second misuse of powers.

20. Under the second paragraph of Article 263 TFEU, read in the light of the first subparagraph of Article 256(1) TFEU, the General Court has jurisdiction to rule on actions involving infringement of the Treaties.

21. Article 76(d) of the Rules of Procedure nevertheless provides that the application initiating proceedings must contain a summary of the pleas in law on which the application is based. According to settled case-law, in order to ensure legal certainty and the sound administration of justice, if an action is to be admissible, the essential facts and law on which it is based must be apparent from the text of the application itself (judgment of 29 Septem-



ber 2016, *Bach Flower Remedies v EUIPO — Durapharma (RESCUE)*, T 337/15, not published, EU:T:2016:578, paragraphs 50 and 51). Also, although an applicant is not obliged expressly to state on which particular rule of law his complaint is based, his line of argument must nevertheless be sufficiently clear for the opposing party and the EU judicature to be able to identify the rule without difficulty (see, to that effect, judgments of 10 May 2006, *Galileo International Technology and Others v Commission*, T 279/03, EU:T:2006:121, paragraph 47, and of 13 November 2008, *SPM v Council and Commission*, T 128/05, not published, EU:T:2008:494, paragraph 65).

22. It follows from the foregoing provisions that ‘infringement of the Treaties’ is merely a general assertion serving to bring the action for annulment which the Court has jurisdiction to hear, but cannot serve to identify the legal basis of a plea (see, to that effect, judgment of 27 November 1997, *Tremblay and Others v Commission*, T 224/95, EU:T:1997:187, paragraphs 80 and 81).

23. It is therefore appropriate to consider whether the first plea is grounded in a more specific legal basis than merely ‘infringement of the Treaties’.

24. In the present case, it is apparent from the content of the application and the attached summary, which may be taken into account for interpretative purposes (judgments of 25 October 2007, *Komninou and Others v Commission*, C 167/06 P, not published, EU:C:2007:633, paragraphs 25 and 26, and of 12 April 2016, *CP v Parliament*, F 98/15, EU:F:2016:76, paragraph 16), that the applicants in fact base their first plea on infringement of Article 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (‘the Charter’). More specifically, they allege discrimination on grounds of their ethnic origin and a disregard of the prohibition on discrimination on grounds of nationality.

25. In the reply, the applicants further allege that they have been the victims of discrimination on grounds of their political opinions. They also allege infringement of the general principle of equal treatment in that they were treated differently from other Parliament visitors and hosts.

26. Lastly, both the application and the reply allude to the disproportionality of the contested decision, for which the determination should be made at the outset as to whether or not it is a separate plea.

27. In that regard, contrary to what the Parliament suggests, although the principle of proportionality has an independent existence, it may also form an integral part of the principles of equal treatment and non-discrimination. Thus it has been held that the principles of equal treatment and non-discrimination required that a difference in treatment had to be justified on the basis of an objective and reasonable criterion, that is, the difference had to relate to a legally permitted aim pursued by the legislation in question, and that was proportionate to the aim pursued by the treatment (judgments of 17 October 2013, *Schaible*, C 101/12, EU:C:2013:661, paragraph 77; of 23 March 1994, *Huet v Court of Auditors*, T 8/93, EU:T:1994:35, paragraph 45; and of 30 January 2003, *C v Commission*, T 307/00, EU:T:2003:21, paragraph 49). When asked about this point at the hearing, the applicants confirmed that, in the present case, the allegation of disproportionality of the contested decision was not a separate plea.

28. In the light of the foregoing, it is appropriate to consider the following:

– firstly: the plea alleging infringement of Article 21 of the Charter, in that the contested decision is vitiated by discrimination on grounds of the applicants’ ethnic origin or nationality;



- secondly: the plea alleging infringement of Article 21(1) of the Charter, in that the contested decision is vitiated by discrimination on grounds of the applicants' political opinions and infringement of the general principle of equal treatment;
- thirdly: misuse of powers.

29. Moreover, in response to a question from the Court, the applicants stated that they were aware of the prevailing political climate at the time of their visit to the Parliament and that Mr Voigt had explained the contested decision to them. The applicants also lodged a copy of that decision as an annex to the application, along with the press service's email informing Mr Voigt's assistant that the equipment requested for the press conference would not be made available to him due to the restrictions on access imposed by the Parliament on Russian politicians and diplomats and the risk of disturbance of the Parliament's activities caused by the presence of Messrs Petrov and Biryukov.

30. It is in the light of all the foregoing that the action should be examined.

The plea alleging infringement of Article 21 of the Charter in that the contested decision is vitiated by discrimination on grounds of the applicants' ethnic origin or nationality

31. The applicants state that they posed no risk for the proper functioning of the Parliament's work or its security. In the absence of any objective grounds, the contested decision is vitiated by discrimination based on their nationality or ethnic origin and therefore infringes Article 21 of the Charter. Nor is the fact that certain Russian nationals may have presented a risk for the proper functioning of the Parliament relevant, as it would have been sufficient to limit the prohibition on access to them.

32. The Parliament contends that the plea is unfounded.

33. Under Article 21(1) of the Charter, any discrimination on grounds of inter alia ethnic origin is prohibited. Article 21(2) provides that, within the scope of application of the Treaties and without prejudice to any of their specific provisions, any discrimination on grounds of nationality is also prohibited.

34. As the applicants do not distinguish clearly the two types of discrimination they are alleging, it should be borne in mind that, where the legislature and the administrative authority use two different terms in the same text having general application, reasons of consistency and legal certainty preclude those terms being given the same scope. This is a fortiori the case where, as in the present case, those terms mean different things in everyday usage (judgments of 25 September 2013, *Marques v Commission*, F 158/12, EU:F:2013:135, paragraph 28, and of 14 May 2014, *Cocco v Commission*, F 17/13, EU:F:2014:92, paragraph 33).

35. Thus, although nationality is a legal and political link between an individual and a sovereign State, the concept of ethnicity has its origin in the idea that societal groups share the sense of belonging to a common nation, religious faith, language, cultural and traditional origins and backgrounds (see, to that effect, judgment of 16 July 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, C 83/14, EU:C:2015:480, paragraph 46).

36. As regards the prohibition on discrimination on grounds of ethnic origin, the Parliament has argued that Russia comprised over 185 different ethnic groups. Yet the applicants, relying solely on their Russian nationality, do not state that they belong to any particular ethnic group and even less have they established that the contested decision was adopted because of their belonging to a specific ethnic group.

37. It follows that the applicants have failed to demonstrate that the conditions of application of Article 21(1) of the Charter are met and therefore cannot allege that they are the victims of discrimination on grounds of a particular ethnic origin.



38. As regards the prohibition on discrimination on grounds of nationality, it must be borne in mind that, under the third paragraph of Article 6(1) TEU and Article 52(7) of the Charter, the explanations relating to the Charter (OJ 2007 C 303, p. 17) are to be given due regard in its interpretation.

39. According to the explanations on the Charter, Article 21(2) of the Charter ‘corresponds to the first paragraph of Article 18 [TFEU] and must be applied in compliance with that [a]rticle’. Moreover, under Article 52(2) of the Charter, rights recognised by the Charter for which provision is made in the Treaties are to be exercised under the conditions and within the limits defined by those Treaties. It follows that Article 21(2) of the Charter must be construed as having the same scope as the first paragraph of Article 18 TFEU.

40. The first paragraph of Article 18 TFEU provides that, ‘[w]ithin the scope of application of the Treaties, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited’. That provision is under Part Two of the Treaty, entitled ‘Non discrimination and citizenship of the Union’. It concerns situations coming within the scope of EU law in which a national of one Member State is treated in a discriminatory manner as compared with nationals of another Member State solely on the basis of their nationality. Accordingly, that article is not applicable in cases of potential discrimination of nationals of a non-member country as compared with nationals of Member States (see, to that effect, judgments of 4 June 2009, *Vatsouras and Koupatantze*, C 22/08 and C 23/08, EU:C:2009:344, paragraphs 51 and 52, and of 7 April 2011, *Francesco Guarnieri & Cie*, C 291/09, EU:C:2011:217, paragraph 20).

41. Accordingly, the applicants, who are Russian nationals, may not rely on Article 21(2) of the Charter.

42. In the light of the foregoing, the plea alleging infringement of Article 21 of the Charter in that the contested decision is vitiated by discrimination on grounds of the applicants’ ethnic origin or nationality must be rejected. In any event, as regards the alleged disproportionality of the contested decision, which did not differentiate between Russian nationals according to the risks they presented, reference is made to paragraphs 75 to 78 below.

The plea alleging infringement of Article 21(1) of the Charter in that the contested decision is vitiated by discrimination on grounds of the applicants’ political opinions and infringement of the general principle of equal treatment

43. In the reply, the applicants argue that they have been the victims of discrimination on grounds of their political opinions. They add that, ‘ultimately, [the contested decision] must in any event be appraised in the light of the general principle of equal treatment’. That decision caused them to be treated differently as compared to other Parliament visitors and hosts. The applicants argue, in essence, that the contested decision had the effect of preventing them from expressing within the Parliament a political opinion of which the President of the Parliament disapproved and which was contrary to the resolution of 10 June 2015.

44. The Parliament disputes the admissibility of those complaints on the ground that they are being put forward for the first time in the reply and are therefore out of time.

45. The applicants argue, however, that they only learned of the political basis for the discrimination against them when they read the statement in defence.

46. Article 84(1) of the Rules of Procedure provides that no new plea in law may be introduced in the course of proceedings unless it is based on matters of law or fact which have come to light in the course of the procedure. However, a plea which constitutes an amplification of a plea previously made, either expressly or by implication, in the original applica-



tion and is closely linked to it must be declared admissible. To be regarded as an amplification of a plea or a head of claim previously advanced, a new line of argumentation must, in relation to the pleas or heads of claim initially set out in the application, present a sufficiently close connection with the pleas or heads of claim initially put forward in order to be considered as forming part of the normal evolution of debate in proceedings before the Court (see, to that effect, judgment of 16 November 2011, *Groupe Gascogne v Commission*, T 72/06, not published, EU:T:2011:671, paragraphs 23 and 27).

47. Firstly, the prohibition on any discrimination on grounds of political opinions, on which the applicants relied as part of their plea set out in the application alleging ‘infringement of the Treaties’, is laid down in Article 21(1) of the Charter. However, in their application the applicants limited their line of argument based on that provision to alleging infringement of the prohibition on any discrimination on grounds of their ethnic origin. They also alleged discrimination on grounds of nationality based on Article 21(2) of the Charter. At no point in their application initiating proceedings did they allege infringement of the prohibition on discrimination on grounds of their political opinions.

48. The applicants’ failure to allege such discrimination in the application is of particular significance in the present case. The contested decision cannot be read in isolation from its context. In particular, it is apparent from the case file that, when the action was brought, the applicants had in their possession the press service’s email in which the Parliament refused to provide Mr Voigt with the equipment needed for the press conference, also scheduled for 16 June 2015. That refusal is based on two grounds. Firstly, the press service’s email reiterates the restrictions on access imposed by the Parliament on Russian diplomats and on Russian politicians, being more specifically members of the Gosudarstvennaya Duma Federal’nogo Sobrania Rossiskoi Federatsii (State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation) and of the Soviet Federatsii Federal’nogo Sobrania Rossiskoi Federatsii (Council of the Federation of the Federal Assembly of the Russian Federation), as evidenced by the Parliament’s responses to the measures of organisation of procedure referred to in paragraph 14 above. Secondly, that same email mentions the risk of disturbance of the Parliament’s activities caused by the presence of Messrs Petrov and Biryukov. Moreover, the objective of the contested decision was to prohibit the applicants from entering buildings of the Parliament, a political institution, in order to attend, at the invitation of a Member, a meeting having a political topic, being ‘European cooperation’. Furthermore, the first two applicants hold high positions within the Russian political party Rodina and the third applicant is presented as a university professor of international relations. The meeting in question also purported to be part of a political forum, the ‘International Russian Conservative Forum’, which had been attended by the three applicants and which the Parliament had just criticised in the resolution of 10 June 2015. Lastly, at the hearing the applicants confirmed that the events of 16 June 2015, to which they had been invited, were intended to allow them to express their political opinion on ‘European cooperation’ in order to provide the forum entitled ‘International Russian Conservative Forum’ with the opposite viewpoint to that expressed in the resolution of 10 June 2015, and also to pursue the work commenced there. In those circumstances, an applicant who is familiar with politics and reasonably diligent had to be sensitive to the political climate surrounding the contested decision.

49. The conclusion, therefore, with respect to the allegation, put forward in the reply, of an infringement of the prohibition on discrimination on grounds of the applicants’ political opinions is not the amplification of a plea set out in the application resulting from the



normal development of the debate on that plea in the course of the proceedings, but rather a new plea. Consequently, this plea must be held to be inadmissible, as it is not based on matters of law or of fact which came to light in the course of the procedure.

50. Secondly, as regards the argument, also set out in the reply, alleging infringement of the general principle of equal treatment, it should be observed that, under the plea alleging misuse of powers, in their application the applicants submit *inter alia* that the contested decision was ‘completely arbitrary and diametrically opposed to the prohibition on discrimination found in primary law’. However, that argument referred to the ‘reasons set out above’, that is to say, to the argument put forward regarding the alleged discrimination on grounds of nationality or ethnic origin. At no time in bringing their action did the applicants allege as such infringement of the general principle of equal treatment in the light of the treatment granted to all the other Parliament visitors and hosts.

51. Therefore, as the applicants have sought, in their reply, to expand the scope of their first plea beyond the scope of the complaints that were limited to infringement of the prohibition of any discrimination on grounds of nationality or their ethnic origin, by relying generally on the general principle of equal treatment in the light of the treatment granted to the other Parliament visitors and hosts, the plea alleging infringement of that principle must be held to be a new plea not resulting from the normal development of the debate in the course of the proceedings. To that extent and since it is not based on matters of law or of fact which have come to light in the course of the procedure, that complaint must therefore be rejected as inadmissible.

52. It is true that, in order to safeguard its rights of defence, in its statement in defence the Parliament contemplated by way of alternative submission the eventuality that the Court might recategorise the plea alleging infringement of the prohibition of any discrimination on grounds of nationality or ethnic origin as a plea alleging infringement of the general principle of equal treatment. That does not suffice by itself, however, to substantiate a finding that the evidence establishing infringement of that principle as raised in the reply came to light in the course of the proceedings. In view of the context referred to in paragraph 48 above, that argument put forward by the Parliament in its statement in defence did not reveal to the applicants grounds for the contested decision of which they had hitherto been unaware.

53. Furthermore, Article 21 of the Charter, serving as the basis of the plea relating to the prohibition of discrimination on grounds of nationality or ethnic origin, is a particular expression of the principle of equal treatment (see, to that effect, judgment of 29 April 2015, *Léger*, C 528/13, EU:C:2015:288, paragraph 48) and both that principle and the prohibition of any discrimination are simply two labels for a single general principle of law, which prohibits both treating similar situations differently and treating different situations in the same way unless there are objective reasons for such treatment (judgment of 27 January 2005, *Europe Chemi-Con (Deutschland) v Council*, C 422/02 P, EU:C:2005:56, paragraph 33).

54. Also, given that, in the light of that case-law, reliance in the reply on the general principle of equal treatment should be regarded as a differently worded expression of the plea set out in the application based on the prohibition of any discrimination on grounds of nationality or ethnic origin, that complaint must be rejected as unfounded, for the reasons set out above in paragraph 33 *et seq.*

55. In any event, the plea alleging, on the one hand, infringement of Article 21(1) of the Charter on the ground that the contested decision is vitiated by discrimination on grounds



of the applicants' political opinions and, on the other, infringement of the general principle of equal treatment, is completely unfounded, as it is clear from paragraphs 63 to 78 below that the contested decision is based on objective and reasonable grounds, relates to a legally permitted aim and is proportionate to the objective pursued.

The plea alleging misuse of powers

56. The applicants submit that the contested decision is vitiated by a misuse of powers, which the Parliament disputes.

57. According to settled case-law, the concept of misuse of powers has a very precise meaning and encompasses the use by an administrative authority of its powers for a purpose other than that for which they were conferred upon it. A decision is vitiated by misuse of powers only if it appears, on the basis of objective, relevant and consistent factors, to have been taken with the purpose of achieving ends other than those stated. In that regard, it is not sufficient for the interested party to refer to certain facts in support of his claims; that party must also adduce evidence of a sufficiently specific, objective and consistent nature to support their truth or, at the very least, their probability, failing which the material accuracy of a party's statements cannot be challenged. Thus, the overall assessment of evidence of misuse of powers cannot be based on mere assertions or on evidence that is insufficiently clear or is neither objective nor relevant (see order of 19 December 2013, *da Silva Tenreiro v Commission*, T 32/13 P, EU:T:2013:721, paragraphs 31 to 33 and case-law cited).

58. The applicants begin by arguing that, 'for the reasons set out above', the contested decision is vitiated by a misuse of powers in that it is 'completely arbitrary and diametrically opposed to the prohibition on discrimination'.

59. However, as the applicants are basing themselves on the alleged irregularities impugned in the pleas based on 'infringement of the Treaties', it must be remembered that, as those pleas have been rejected, that reference may not be relied on successfully.

60. Secondly, whilst the applicants acknowledge that the security and proper functioning of the Parliament are legally permitted aims liable to justify refusing third parties access to the Parliament's premises, they nevertheless dispute that those were the objectives actually pursued thereby.

61. The applicants contend that they posed no danger for the security and proper functioning of the Parliament. Although it is a place for political exchange, in reality the contested decision was aimed at keeping them away on grounds of their political convictions and their political allegiances, which the majority of the Parliament found distasteful.

62. By that argument, the applicants intend to prove misuse of powers using inaccuracy in the statement of reasons given for the contested decision.

63. In that regard, as is apparent from paragraph 48 above, although the applicants have not been members of the State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation or of the Council of the Federation of the Federal Assembly of the Russian Federation, the reasons given for the contested decision included the fact that their presence in the Parliament could be detrimental to the good order and security of the Parliament as well as its proper functioning, given the overall context and events giving rise to the restrictions on access.

64. More specifically, in the light of the resolution of 10 June 2015, the Parliament highlighted the unparalleled context of the political relations between the Russian Federation and the Union at the time of the facts, referring to the situation in Ukraine and to the publication by the Russian Federation of a 'black list' comprising the names of current and



former EU MEPs and officials, which led it to restrict access for Russian politicians and diplomats to its infrastructures.

65. Given the unparalleled context of the political relations between the Russian Federation and the Union at the time of the facts, on the one hand, and, according to the Parliament, mounting tension in the relations between European political parties that could be referred to as populist and Russian forces described as nationalist, on the other, the Parliament observed that the applicants had attended the forum entitled ‘International Russian Conservative Forum’, which had just been condemned in the strongest possible terms by the European Parliament. The Parliament added that the first two applicants were active members of a Russian party considered to be nationalist. It added that the three applicants were definitely protagonists invited to present, within the walls of the institution, a point of view different from that of the resolution of 10 June 2015 on the forum entitled ‘International Russian Conservative Forum’ and to pursue the work begun under the auspices of that forum, a point confirmed by the applicants at the hearing (see paragraph 48 above).

66. The applicants nevertheless observe that the prerogative of the President of the Parliament, relied on by the Parliament, may not be used to prevent meetings with which the majority may not agree, given that parliaments are precisely places of exchange of political views.

67. However, Rule 22 of the Rules of Procedure of the Parliament confers on the President of the Parliament the powers necessary to ensure general security in the premises of the Parliament, to prevent and put a stop to any disturbance to the proper functioning of parliamentary activities and to safeguard the dignity of the institution. The Parliament is, moreover, correct in stating that it is not required to privilege in its infrastructures the political activities of a party from a non-member country. The applicants concur in this point in their written pleadings. Accordingly, the Parliament is not obliged to receive members or sympathisers of such a party in order to allow them to express their views in its premises. More generally, under Article 14 TEU the right to take part in legislative, budgetary, political review and consultative roles within the walls of the Parliament is reserved for representatives of citizens of the Union elected by universal, direct, free and secret suffrage, whereas specific provisions, such as Article 15(6)(d) TEU and the first paragraph of Article 230 TFEU, in their own specific manner, guarantee the right to be heard for the President of the European Council and the European Commission. Moreover, whilst Rule 115 of the Parliament’s Rules of Procedure provides that debates are public and that committee meetings are also public, Rule 157 of those same Rules of Procedure adds the proviso that members of the public admitted to the galleries are to remain seated and keep silent. Thus, the overall scheme of the Treaties and implementing texts, and also the need to safeguard the unfettered exercise of the powers conferred on the Parliament entail that the Parliament is not the place where any and all members of the public may express themselves entirely as they wish.

68. The applicants add that the Parliament is under an obligation not to impede the work of the Members, including Mr Voigt. That argument is entirely irrelevant in the present case, however, given that the applicants have no personal, direct interest on which they may rely. In response to a question from the Court at the hearing, moreover, they acknowledged that this allegation did not constitute an argument *per se*.

69. The applicants add that access passes had been issued in their names, thereby leading Mr Voigt to believe that, even without the press conference, the working meeting could go ahead in the Parliament premises with them in attendance. The issuance of those passes



showed that they posed no particular risk, whereas the Parliament's about-face reveals the belligerent thinking underlying the contested decision.

70. However, although it is true that the Parliament acknowledged receipt of the request for accreditation for the working meeting by email from DG Security of 9 June 2015 and that that email bore a reference number allowing the access passes intended for the applicants to be picked up, it should be borne in mind that that email originated from DG Security, whilst the decision refusing the applicants access to the buildings was based on an assessment of the political context that went beyond the remit of the administrative services of the Parliament and was solely for the political bodies of the institution to make. Furthermore, the email of 9 June 2015 from DG Security contained an annex explaining that the organiser of the event was not exempt from the usual procedures in place within the institution. Thus, the apparent contradiction arising from the issuance of a reference number allowing the access passes to be picked up and the refusal ultimately to allow the applicants to enter the Parliament's premises can be explained by the different roles assigned to the administrative services and the political bodies. Consequently, it cannot be argued that the Parliament gave the impression that the disputed meeting could go ahead on its premises and using its infrastructures, simply to be belligerent.

71. In the light of the foregoing, given that the adoption of measures such as a refusal to allow persons to enter the premises of the Parliament in order to prevent any disturbance of its work, presupposes a prospective assessment of the risks in the light of the data available and necessarily implying a margin of uncertainty, it does not seem that the objective of ensuring the security and proper functioning of the Parliament was not in reasonable proportion to the grounds relied on by it.

72. Lastly, the applicants claim to have found an indication of a misuse of powers in the fact that the contested decision in any event went beyond what was necessary. They observe that the President of the Parliament has a security service capable of curbing all forms of provocation. Moreover, the fact that the contested decision concerned all Russian nationals invited, whereas, according to the press service's email, only the first two applicants posed a risk for the security and proper functioning of the Parliament, shows that the contested decision was a kind of 'collective punishment'.

73. It should be borne in mind, however, that the applicants have neither established nor even alleged that all persons have an unconditional right of access to the Parliament's premises for political propaganda purposes or to discuss there the Parliament's political leanings. On the contrary, as set out in paragraph 67 above, the Parliament stated, without being contradicted on the point, that EU law does not give the public an unfettered right of access to its buildings in order to use them to express its opinions there.

74. In those circumstances, the fact that the President of the Parliament prevented the applicants from entering its premises in order to express themselves in a political meeting, rather than count on the ability of the security services to intervene, in the international context referred to in paragraphs 64 and 65 above, cannot be held to be a misuse of powers, a fortiori in the light of the fact that at the hearing the Parliament confirmed that, as the contested decision was linked to that context, it was merely temporary in nature.

75. Nor can the applicants successfully argue that the contested decision was taken against 'the entire group of Russian visitors', that is to say, also against E.N. and P.E., in order to establish that it was in reality a collective and disproportionate punishment. In fact, the refusal to allow those two persons to enter the Parliament can be explained by the fact that



they were accompanying persons, one in her capacity as spouse of the second applicant, and the other as an interpreter, as emerged in the discussion at the hearing.

76. Lastly and equally unsuccessfully, the applicants complain about the collective nature of the contested decision, arguing that it is apparent, on an a contrario reading of the press service's email that, for the Parliament itself, the third applicant, Mr Sotnichenko, did not pose any particular risk.

77. However, no argument may be drawn from the fact that, in the press service's email refusing to make a room available to Mr Voigt in order to hold his press conference, the Parliament considered that the presence of the first two applicants gave rise to a risk for the proper functioning of the Parliament, without referring specifically to Mr Sotnichenko. It is apparent from the email sent on 3 June 2015 by Mr Voigt's assistant to the Parliament's press service concerning the organisation of that press conference that he was not supposed to attend.

78. Furthermore, the Parliament stated that, like the first two applicants, Mr Sotnichenko had attended the forum entitled 'International Russian Conservative Forum', which is not disputed, and it was that attendance that had justified the refusal to allow him access as well to the Parliament buildings to attend the working meeting in the context described in paragraphs 64 and 65 above.

79. It follows from all the foregoing that the applicants have not provided sufficiently precise, objective and consistent evidence to establish that the security and proper functioning of the Parliament was not the objective actually pursued by its President when he adopted the contested decision. Consequently, the plea of misuse of powers must be rejected.

80. As none of the pleas have been successful, the action must be dismissed in its entirety.

Costs

81. Under Article 134(1) of the Rules of Procedure, the unsuccessful party is to be ordered to pay the costs if they have been applied for in the successful party's pleadings.

82. Since the applicants have been unsuccessful and the Parliament has applied for costs, the applicants must be ordered to pay the costs.

On those grounds,

THE GENERAL COURT (FOURTH CHAMBER)

hereby:

1. Dismisses the action;

2. Orders Messrs Andrei Petrov, Fedor Biryukov and Alexander Sotnichenko to bear their own costs and to pay those incurred by the European Parliament.

Kanninen Calvo-Sotelo Ibáñez-Martí Reine

Delivered in open court in Luxembourg on 20 November 2017.



**OPINION OF ADVOCATE GENERAL
BOT
DELIVERED ON 30 MAY 2017
CASE C-165/16**

TOUFIK LOUNES

V.

SECRETARY OF STATE FOR THE HOME DEPARTMENT

(Request for a preliminary ruling from the High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), United Kingdom)

(Reference for a preliminary ruling — Citizenship of the Union — Article 21 TFEU — Directive 2004/38/EC — Beneficiaries — Union citizen having acquired the nationality of the host Member State while retaining her nationality of origin — Effects of acquisition by the Union citizen of the nationality of the host Member State on entitlement to the rights conferred by Directive 2004/38 — Right of residence in that Member State of a family member of that citizen who is a third-country national)

I. INTRODUCTION

1. May a Union citizen, having exercised her rights of free movement and residence in accordance with Directive 2004/38/EC and having subsequently acquired the nationality of the host Member State, still rely, for her own benefit and/or for the benefit of her spouse, a third-country national, upon the rights and freedoms conferred by that directive in the light of its scope *ratione personae*?
2. That is in essence the question raised by this reference for a preliminary ruling.
3. The question arises in so far as, under Article 3(1) of Directive 2004/38, 'all Union citizens who move to or reside in a Member State other than that of which they are a national, and ... their family members, ... who accompany or join them' are 'beneficiaries' of the rights conferred by that directive.
4. The Court is therefore asked whether acquisition by Union citizens of the nationality of the Member State to which they have moved and in which they have resided in accordance with the directive could deprive them, and their spouses who are third-country nationals, of the rights which they previously acquired under that directive and to which they were fully entitled up to that point.
5. That is the position taken by the Secretary of State for the Home Department (United Kingdom) in the present case and advocated by the United Kingdom.
6. In the proceedings between her and Toufik Lounes, an Algerian national, the Secretary of State for Home Department refused his application for a residence permit on the



ground that his spouse, a Union citizen, has become a naturalised British citizen, which now excludes her from the scope *ratione personae* of Directive 2004/38.

7. The situation in this case is unprecedented but, as the referring court states, it is a test case in the United Kingdom.

8. The judgment to be given will not dispel all the difficulties raised by the scope *ratione personae* of the directive. It will first be of practical importance, because there may frequently be situations in which Union citizens wish to be naturalised in the host Member State, and then of theoretical importance, because the decision will contribute, in the extending of the Court's case-law, to the development of the status of Union citizen.

9. In this regard, the judgment of 12 March 2014, *O. and B.*, in which the Court interpreted the scope *ratione personae* of the directive, to my mind sheds light on the reasoning that the Court intends to follow in a case such as that at issue and thus allows a framework for interpretation to emerge that will be helpful for the answer to be given to referring court in the present case.

10. In this Opinion, I shall therefore explain the reasons why Union citizens who, like Ms Perla Nerea García Ormazábal in the present case, have acquired the nationality of the Member State to which they have moved and in which they have resided on the basis of Directive 2004/38 no longer fall within the definition of 'beneficiaries' within the meaning of Article 3(1) of that directive, with the result that the directive is not applicable either to them or to members of their family who are third-country nationals.

11. I shall nevertheless show that the effectiveness of the rights conferred by Article 21(1) TFEU demands that, in situations like that at issue, Union citizens who have acquired the nationality of the Member State in which they have genuinely resided, pursuant to and in conformity with the conditions set out in Article 16 of the directive and have during that period created a family life with a third-country national may not be afforded treatment less favourable than they enjoyed in that State under Directive 2004/38 before their naturalisation and than they would be granted under EU law if they moved to another Member State.

II. LEGISLATIVE FRAMEWORK

A. EU law

1. The provisions of the FEU Treaty

12. Under Article 21(1) TFEU, '[e]very EU citizen shall have the right to move and reside freely within the territory of the Member States, subject to the limitations and conditions laid down in the Treaties and by the measures adopted to give them effect'.

2. Directive 2004/38

13. Article 1 of Directive 2004/38 provides:
"This Directive lays down:



(a) the conditions governing the exercise of the right of free movement and residence within the territory of the Member States by Union citizens and their family members;

(b) the right of permanent residence in the territory of the Member States for Union citizens and their family members;

14. Under Article 2 of that directive:

‘For the purpose of this Directive:

(1) “Union citizen” means any person having the nationality of a Member State□

(2) “Family member” means:

(a) the spouse;

(3) “Host Member State” means the Member State to which a Union citizen moves in order to exercise his/her right of free movement and residence.’

15. Article 3 of Directive 2004/38, which is entitled ‘Beneficiaries’, provides in paragraph 1: ‘This Directive shall apply to all Union citizens who move to or reside in a Member State other than that of which they are a national, and to their family members as defined in point 2 of Article 2 who accompany or join them.’

16. Article 16 of the directive, which is entitled ‘General rule for Union citizens and their family members’, states:

1. Union citizens who have resided legally for a continuous period of five years in the host Member State shall have the right of permanent residence there. This right shall not be subject to the conditions provided for in Chapter III.

2. Paragraph 1 shall apply also to family members who are not nationals of a Member State and have legally resided with the Union citizen in the host Member State for a continuous period of five years.

B. United Kingdom law

17. Directive 2004/38 was transposed into United Kingdom law by the Immigration (European Economic Area) Regulations 2006 (2006/1003) (‘the EEA Regulations 2006’). The EEA Regulations 2006 uses the term ‘EEA national’ in place of ‘Union citizen’.

18. In its original version, regulation 2 of the EEA Regulations 2006 defined ‘EEA national’ as ‘a national of an EEA State’, it being specified that the United Kingdom was excluded from the definition of ‘EEA State’.

19. Following two successive amendments, (6) regulation 2 of the EEA Regulations 2006 now provides as follows:

“‘EEA national’ means a national of an EEA State who is not also a British citizen’.

20. Regulations 6, 7, 14 and 15 of the EEA Regulations 2006 transpose Articles 2, 7 and 16 of Directive 2004/38, reproducing their substance.

III. FACTS AND THE QUESTION SUBMITTED FOR A PRELIMINARY RULING

21. Ms García Ormazábal, a Spanish national, moved to the United Kingdom in September 1996 to study before being employed full-time at the Turkish Embassy in London from September 2004. On 12 August 2009, she became a naturalised British citizen and was issued with a British passport, while also retaining her Spanish nationality.



22. Mr Lounes, an Algerian national, entered the United Kingdom on a six-month visitor visa on 20 January 2010 and overstayed illegally in British territory. Ms García Ormazábal began a relationship with Mr Lounes in 2013. Ms García Ormazábal and Mr Lounes married in a religious ceremony on 1 January 2014, and then in a civil ceremony in London on 16 May 2014. Since then they have resided in the United Kingdom.

23. On 15 April 2014, Mr Lounes applied to the Secretary of State for the Home Department for the issue of a residence card as a family member of an EEA national pursuant to the EEA Regulations 2006, which transpose Directive 2004/38 into United Kingdom law.

24. On 14 May 2014, he was served with a notice, together with a decision to remove him from the United Kingdom, on the grounds that he had overstayed in that State in breach of immigration controls.

25. In addition, by letter of 22 May 2014, the Secretary of State for the Home Department informed Mr Lounes that his application for a residence card had been refused. The letter stated that, following the amendment of regulation 2 of the EEA Regulations 2006 by EEA Regulations 2012/1547 and 2012/2560, Ms García Ormazábal was no longer regarded as an 'EEA national' because she had acquired British nationality on 12 August 2009, even though she had also retained her Spanish nationality. She was therefore no longer entitled to the rights conferred by the EEA Regulations 2006 and by Directive 2004/38 in the United Kingdom. Consequently, Mr Lounes could not claim a residence card as a family member of an EEA national under that regulation.

26. According to the order for reference, British citizens who were also nationals of another EEA Member State were previously considered to be EEA nationals within the meaning of regulation 2 of the EEA Regulations 2006 and were therefore entitled to the rights conferred by that regulation. That is no longer the case since the amendment came into force. Mr Lounes therefore brought a claim before the referring court against the abovementioned decision of 22 May 2014.

27. The referring court expresses doubts as to the compatibility with EU law, and in particular with Article 21 TFEU and Directive 2004/38, of regulation 2 of the EEA Regulations 2006, as amended by EEA Regulations 2012/1547 and 2012/2560.

28. It states in this regard that that amendment followed the judgment of 5 May 2011, *McCarthy*, in which the Court ruled that Directive 2004/38 was not applicable to a Union citizen who had never exercised his right of free movement, had always resided in a Member State of which he was a national and was, in addition, a national of another Member State.

29. In the present case, it is common ground that, before obtaining British nationality, Ms García Ormazábal had exercised her freedom of movement and acquired a right of residence in the United Kingdom as a Spanish national under Directive 2004/38.

30. Against this background, the referring court therefore asks whether, as the Secretary of State for the Home Department claims, Ms García Ormazábal and her family member lost entitlement to the rights conferred by the directive in the United Kingdom from the date on which she became naturalised in that Member State or whether, as Mr Lounes asserts, even though she has become a British national, Ms García Ormazábal must still be considered a 'beneficiary' within the meaning of Article 3(1) of the directive, with the result that she and the family member who accompanies her may still rely upon the rights guaranteed



by that legislation. The referring court also asks whether the answer to this question could be different depending on whether Ms García Ormazábal held a right of residence for more than three months granted pursuant to Article 7 of Directive 2004/38 or a right of permanent residence in the United Kingdom based on Article 16 of that directive.

31. In those circumstances, the High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (United Kingdom) decided to stay the proceedings and to refer the following question to the Court for a preliminary ruling:

'Where a Spanish national and Union citizen:

- i. moves to the United Kingdom, in the exercise of her right to free movement under Directive 2004/38; and
- ii. resides in the United Kingdom in the exercise of her right under Article 7 or Article 16 of that directive; and
- iii. subsequently acquires British citizenship, which she holds in addition to her Spanish nationality, as a dual national; and
- iv. several years after acquiring British citizenship, marries a third-country national with whom she resides in the United Kingdom;

are she and her spouse both beneficiaries of the directive, within the meaning of Article 3(1), whilst she is residing in the United Kingdom, and holding both Spanish nationality and British citizenship?'

IV. ANALYSIS

32. By its question, the referring court asks the Court whether Union citizens who, like Ms García Ormazábal, have acquired the nationality of the Member State in which they have genuinely and permanently resided in accordance with Article 16 of Directive 2004/38, fall within the definition of 'beneficiaries' within the meaning of Article 3(1) of that directive, with the result that their spouse, who is a third-country national, may effectively claim a derived right of residence in that State.

33. The Court is therefore asked, in essence, whether, on the basis of the provisions of EU law, a Member State is entitled to refuse a third-country national, a family member of a Union citizen, the right of residence if that Union citizen, after exercising her rights of free movement and residence in accordance with Directive 2004/38, has acquired the nationality of that State, while retaining her nationality of origin.

34. Before beginning to examine this question, a preliminary remark should be made.

35. It would seem important to note that, contrary to what the United Kingdom Government would seem to suggest, the situation at issue cannot be put on the same footing as a purely domestic situation. Although Ms García Ormazábal is now a British national, recognition of a right of residence for her spouse, a third-country national, does not fall solely within the ambit of its national legislation.

36. First, in a situation such as that at issue, the connecting factor with EU law, and with the provisions of Directive 2004/38 in particular, is obvious.

37. It was by virtue of the actual exercise of her rights of free movement and residence that Ms García Ormazábal was entitled to a right of permanent residence in the United Kingdom and it was on the basis of that permanent and regular residence permit, issued pursu-



ant to Article 16 of the directive, that she acquired British nationality in accordance with the legislation of that State.

38. There is therefore an inextricable link between the exercise of the rights conferred on Ms García Ormazábal by the directive and her acquisition of British nationality. Consequently, I consider that the United Kingdom may not now, solely on the grounds that she has been naturalised in that State, disregard the rights which she has exercised on the basis of EU secondary law, just as it may not disregard the fact that she has retained her nationality of origin, that is, Spanish nationality.

39. It is thus clear that the situation of Union citizens who, like Ms García Ormazábal, are placed by reason of their naturalisation in a situation liable to entail the loss of the rights conferred by Directive 2004/38, falls, because of its nature and its consequences, within the ambit of EU law.

40. Second, it is to be borne in mind that if, under international law, it is indeed for each Member State to lay down the conditions for the acquisition and loss of nationality, it is nevertheless settled case-law that that competence must be exercised having due regard to EU law. The Court thus ruled in the case giving rise to the judgment of 2 March 2010, *Rottmann*, concerning a decision withdrawing naturalisation, that when that competence is exercised in respect of a Union citizen and affects the rights conferred and protected by the legal order of the Union, it is amenable to judicial review carried out in the light of EU law.

41. Consequently, the fact that a matter falls within the competence of the Member States does not, in a situation like that at issue manifestly falling under EU law, preclude the requirement that the national rules in question must have due regard to EU law.

42. That having been said, it is now necessary to examine the question asked by the referring court.

43. In order to examine the question, it must first be analysed whether Ms García Ormazábal can fall within the scope of Directive 2004/38, as a ‘beneficiary’, within the meaning of Article 3(1) of that directive, of rights conferred by it.

44. This initial analysis must be conducted in order to determine whether a third-country national such as her spouse — who is certainly a member of her family for the purpose of Article 2(2)(a) of the directive — can enjoy a derived right of residence based on Directive 2004/38.

45. It should be recalled that the directive confers no autonomous right on third-country nationals. According to settled case-law, any rights granted to third-country nationals by the provisions of EU law on citizenship of the Union are not autonomous rights of those nationals, but rights derived from the exercise of freedom of movement and residence by a Union citizen. Thus, a derived right of residence of a third-country national exists, in principle, only when it is necessary in order to ensure that a Union citizen can exercise effectively his rights to move and reside freely in the European Union.

46. If these two persons should be considered not to be, or no longer to be, ‘beneficiaries’ of the rights conferred by the directive within the meaning of Article 3(1) thereof, it would then have to be determined whether Mr Lounes is nevertheless entitled to a derived right of residence based directly on the provisions of the FEU Treaty on citizenship of the Union.



A. The status of Ms García Ormazábal as a ‘beneficiary’ within the meaning of Article 3(1) of Directive 2004/38

47. Under Article 3(1) of the directive, ‘all Union citizens who move to or reside in a Member State other than that of which they are a national, and ... their family members ... who accompany or join them’ are ‘beneficiaries’ of the rights conferred by the directive.

48. That provision thus makes nationality a determining criterion for the scope *ratione personae* of the directive, so that acquisition by Ms García Ormazábal of the nationality of the host Member State clearly gave rise to a change in the legal rules applicable to her. It is upon those grounds that the United Kingdom relies in order to demonstrate that, by reason of her naturalisation, Ms García Ormazábal can no longer fall within that definition.

49. While it is clear that Ms García Ormazábal fell within the scope of Directive 2004/38 when she exercised her freedom of movement by leaving Spain, her Member State of origin, to move to the United Kingdom in September 1996 in order to reside there, first as a student and then as an employee at the Turkish Embassy, the fact that on 12 August 2009 she acquired the nationality of the host Member State in which she had resided for a continuous period since 1996 now excludes her from the scope *ratione personae* of the directive.

50. While it is true that, according to settled case-law, the provisions of the directive must not be interpreted strictly, the fact remains that the wording of Article 3(1) of the directive, as interpreted by the Court, does limit its scope *ratione personae* to Union citizens who reside in a Member State other than that of which they are nationals.

51. Extending the scope *ratione personae* of the directive to a Union citizen who, like Ms García Ormazábal, has acquired the nationality of the host Member State would therefore lead to departing from the very wording of Article 3(1) of Directive 2004/38 and from the Court’s firmly established case-law.

52. Reference should be made to the Court’s interpretation of the scope *ratione personae* of the Directive in *O. and B.*, which, in my view, sheds light on the reasoning that the Court intends to follow in situations like that at issue and offers guidance for the answer to the question asked by the referring court.

53. That case concerned the refusal by the Dutch authorities to grant Mr O. and Mr B. a certificate of lawful residence in the Netherlands as a family member of a Union citizen, who, after exercising her right of free movement on the basis of Article 21(1) TFEU, had returned to her Member State of origin.

54. The referring court asked the Court, in particular, whether Directive 2004/38 and Article 21(1) TFEU should be interpreted as precluding a Member State from refusing such a right of residence.

55. Following in the line of the judgments of 7 July 1992, *Singh*, and of 11 December 2007, *Eind*, the Court set out the conditions on which third-country nationals who are family members of a Union citizen are entitled, under EU law, to a derived right of residence in order to reside with that Union citizen in the Member State of which that citizen is a national.

56. The Court found that Directive 2004/38 was not applicable, ruling that a third-country national who is a family member of a Union citizen may not, on the basis of that directive,



invoke a derived right of residence in the Member State of which that citizen is a national.
57. In doing so, the Court relied upon a literal, systematic and teleological interpretation of the directive.

58. The provisions of Article 3(1) of Directive 2004/38, like the wording of Article 6, Article 7(1) and (2) and Article 16(1) and (2) of the directive — which regulate the right of residence of a Union citizen and the derived right of residence of family members of that citizen either in ‘another Member State’ or in ‘the host Member State’ — do indeed confirm that those provisions govern the legal situation of a Union citizen who has exercised his right of freedom of movement by becoming established in a Member State other than the Member State of which he is a national.

59. In addition, the purpose of the directive shows that the directive is not intended to apply to a Union citizen who enjoys an unconditional right of residence because he resides in the Member State of which he is a national.

60. As is apparent from Article 1(a) of the directive, the object of the directive is only to lay down the conditions governing the exercise of the right of free movement and residence within the territory of the Member States. Inasmuch as, in accordance with a principle of international law, a Member State’s own nationals are entitled to an unconditional right of residence in their State under national law — since that State cannot refuse them the right to enter its territory and remain there — the Court consequently held that ‘Directive 2004/38 is intended only to govern the conditions of entry and residence of a Union citizen in a Member State other than the Member State of which he is a national’.

61. Thus, if acquisition of the nationality of the host Member State is, in my view, part of the further integration of the Union citizen in that State, which is the aim of the directive, it must nevertheless be stated that, having regard to the scope *ratione personae* of the directive, this alteration of civil status excludes the Union citizen *ipso facto* from entitlement to the rights conferred by the directive.

62. Paradoxical as this may seem, the fact remains that extending the scope *ratione personae* of the directive to a Union citizen who, like Ms García Ormazábal, has acquired the nationality of the host Member State would lead to departing from the very wording of Article 3(1) of Directive 2004/38 and from the Court’s firmly established case-law.

63. It must therefore be acknowledged that, in spite of the clear link between the exercise of the rights conferred by the directive on Ms García Ormazábal and her acquisition of British nationality, her legal situation has been profoundly altered, both in EU law and in national law, on account of her naturalisation.

64. In so far as Ms García Ormazábal no longer falls within the definition of a ‘beneficiary’ within the meaning of Article 3(1) of the directive, nor can her spouse be considered such, given that, as I have stated, the rights granted by the directive to family members of a beneficiary are not autonomous rights, but merely rights derived from those enjoyed by the Union citizen.

65. In the light of these considerations, Union citizens having acquired the nationality of the Member State in which they have genuinely and permanently resided pursuant to Article 16 of Directive 2004/38 do not fall within the definition of ‘beneficiaries’ within the meaning of Article 3(1) of the directive, with the result that the directive is not applicable either to them or to members of their family.



66. This means that third-country nationals in a situation like that of Mr Lounes are not entitled, on the sole basis of the provisions of Directive 2004/38, to a derived right of residence in the Member State of which their spouse is now a national, in this case the United Kingdom.

67. That does not mean, however, that they cannot obtain a derived right of residence on the basis of the provisions of the Treaty, and Article 21(1) TFEU in particular.

B. The existence of a derived right of residence based on Article 21(1) TFEU

68. It should be recalled that under Article 21(1) TFEU, and subject to its implementing measures, Member States must permit Union citizens who are not their nationals to move and reside within their territory with their spouse and, possibly, certain members of their family who are not Union citizens.

69. This provision is given an extremely dynamic interpretation by the Court in situations in which, by reason of the return of Union citizens to their Member State of origin, Directive 2004/38 is no longer applicable to them, with the result that neither they nor their family members are any longer entitled to the rights conferred by the directive.

70. In order to ensure the effectiveness of Article 21(1) TFEU in such situations, the Court applies the provisions of Directive 2004/38 by analogy.

71. In *O. and B.*, the Court establishes the principle of a right for the Union citizen to return to his Member State of origin, in respect of which the conditions for granting in that State a derived right of residence to the third-country national who is a member of his family may not be stricter than those provided for by that directive.

72. It is genuine residence in the host Member State of the Union citizen and of the family member who is a third-country national, pursuant to and in conformity with the conditions set out in Article 7(1) and (2) and Article 16 of Directive 2004/38 respectively, that creates, on the Union citizen's return to his Member State of origin, a derived right of residence, on the basis of Article 21(1) TFEU, for the third-country national with whom that citizen led a family life in the host Member State. The Court seeks to avoid any form of obstacle that could inhibit the fundamental right to free movement guaranteed by EU law by ensuring that the conditions for granting that right of residence in the Member State of origin of the Union citizen are not stricter than those provided for by Directive 2004/38 for the grant of such a derived right of residence to a third-country national who is a family member of a Union citizen who has exercised his right of freedom of movement by becoming established in a Member State other than the Member State of which he is a national.

73. The Court relied here upon the principles it had previously identified in the judgments of 7 July 1992, *Singh*, and of 11 December 2007, *Eind*.

74. Those two cases concerned Union citizens who, after exercising their rights to move and reside freely in the Union, returned to their Member State of origin to reside there.

75. Even though Directive 2004/38 was not applicable, the Court ruled that, when the Union citizen has exercised his freedom of movement and returns to the Member State of which he is a national, his spouse, who is a third-country national, must be entitled to a derived right of residence in the latter State in conditions 'at least equivalent to those which he would enjoy under the Treaty or secondary law in the territory of another Member



State'. He must thus enjoy at least the same rights of entry and residence as would be granted to him under EU law if the citizen in question chose to enter and reside in another Member State.

76. These two judgments show in essence that when, after moving to and residing in another Member State, Union citizens return to the Member State of which they are a national, the latter Member State may not grant its own nationals and family members who accompany or join them less favourable treatment than was applicable to them in the host Member State.

77. The ratio decidendi for this approach was that if the third-country national had no such right, the worker, a Union citizen, could be deterred from leaving the Member State of which he is a national in order to pursue gainful employment in another Member State if there was no certainty that that worker would be able, on returning to his Member State of origin, to continue a family life that may have come into being in the host Member State as a result of marriage or family reunification. The idea was thus established that in such circumstances there could be a form of obstacle to leaving the Member State of origin.

78. In *O. and B.*, the Court transposes this analysis *mutatis mutandis*. In order to avoid such a form of obstacle, which could inhibit the fundamental right to free movement guaranteed by EU law, the Court establishes the principle of a right to return to the Member State of origin, in respect of which the conditions for granting in that State a derived right of residence to the third-country national who is a member of his family may not be stricter than those provided for by Directive 2004/38.

79. The solution adopted by the Court in *O. and B.*, inasmuch as it seeks to apply the provisions of Directive 2004/38 *mutatis mutandis* when Union citizens return to the Member State of which they are nationals, seems to me to be transposable to the present case.

80. It is true that there are factual differences between that case and the case before the Court.

81. In the case giving rise to the judgment in *O. and B.*, the Union citizen left the host Member State to return to his Member State of origin.

82. In a situation such as that at issue, Ms García Ormazábal has not in fact left the host Member State, for she resides there and has chosen to acquire the nationality of that State. Therefore, there has been no physical movement.

83. However, it would seem that the two cases are similar in so far as, by choosing to be naturalised in the host Member State, Ms García Ormazábal expressed her wish to live in that State in the same way as she would be prompted to live in her Member State of origin, building strong, lasting ties with the host Member State and becoming permanently integrated in that State. Consequently, I think that a parallel can be drawn between the Court's reasoning in *O. and B.* and the reasoning which it is prompted to follow in the present case.

84. In a situation such as that at issue, moreover, I think that it is even more necessary for the provisions of Directive 2004/38 to be transposed *mutatis mutandis* because, as has been shown, there is an inextricable link between the exercise of the rights conferred by that directive on Ms García Ormazábal when she moved to and resided in the United Kingdom and her acquisition of British nationality. It should be recalled that it was actually



on the basis of the permanent residence permit granted by Article 16 of the directive that she acquired British nationality in accordance with the national legislation applicable.

85. Ms García Ormazábal thus took her integration in the host Member State to its logical conclusion by requesting her naturalisation in accordance with the objective pursued by the Union legislature not only in Article 21(1) TFEU, but also in Directive 2004/38, recital 18 of which seeks to make the permanent residence permit a 'genuine vehicle for integration' for the person concerned into the society of the host Member State. Her residence pursuant to and in conformity with the conditions set out in Article 16 of the directive is clear evidence of genuine residence and goes hand in hand with creating and strengthening family life in that Member State.

86. To deprive her henceforward of the rights to which she has till now been entitled in respect of the residence of her family members because, by being naturalised, she has sought to become more deeply integrated in the host Member State, would annihilate the effectiveness of the rights which she derives from Article 21(1) TFEU.

87. Such a solution would, in my view, be illogical and full of contradictions.

88. The deeper integration which Ms Ormazábal desired in the host Member State by becoming naturalised would ultimately deprive her of the rights granted to her in respect of her spouse by EU law, which would manifestly be likely to harm her pursuit of family life in that State and thus, in the end, the integration which she has sought. What is given with one hand would therefore be taken away with the other.

89. To continue the family life which she has started, she would then be forced to leave that State to move to another Member State in order to be able to claim once again the rights conferred by Directive 2004/38 and, in particular, the possibility of residing with her spouse.

90. Consequently, in these circumstances, I think that the effectiveness of the rights conferred by Article 21(1) TFEU demands that Union citizens, such as Ms García Ormazábal, who have acquired the nationality of the host Member State following and by reason of residence under and in conformity with the conditions set out in Article 16 of the directive, should be able to continue the family life they have until then led in that State with their spouse, a third-country national. The treatment afforded to Ms García Ormazábal may not be less favourable than that accorded to her under the directive before her naturalisation or than would be granted to her by EU law if she in the end moved to another Member State.

91. In the light of these considerations, I therefore consider that Article 21(1) TFEU must be interpreted as meaning that, in situations like that at issue, in which Union citizens have acquired the nationality of the Member State in which they have genuinely resided pursuant to and in conformity with the conditions set out in Article 16 of Directive 2004/38 and have during that period created a family life with a third-country national, the conditions for granting a derived right of residence to the third-country national in that State should not, in principle, be stricter than those provided for by that directive for the grant of a derived right of residence to a third-country national who is a family member of a Union citizen who has exercised his right of freedom of movement by becoming established in a Member State other than the Member State of which he is a national.

92. Inasmuch as Mr Lounes may not, to my mind, be denied a derived right of residence on the basis of Article 21(1) TFEU, I do not think it necessary to consider whether a Union



citizen like Ms García Ormazábal could rely in this regard upon the provisions of Article 20 TFEU, the effectiveness of the citizenship of the Union to which she is entitled being, in my view, safeguarded.

V. CONCLUSION

93. In the light of the above considerations, I propose that the Court answer the question asked by the High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (United Kingdom) as follows:

- (1) Union citizens who have acquired the nationality of the Member State in which they have genuinely and permanently resided pursuant to Article 16 of Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC do not fall within the definition of 'beneficiaries' within the meaning of Article 3(1) of that directive, with the result that the directive is not applicable either to them or to members of their family.
 - (2) Article 21(1) TFEU is to be interpreted as meaning that, in situations such as that at issue, in which Union citizens have acquired the nationality of the Member State in which they have genuinely resided pursuant to and in conformity with the conditions set out in Article 16 of Directive 2004/38 and have during that period created a family life with a third-country national, the conditions for granting a derived right of residence to the third-country national in that State should not, in principle, be stricter than those provided for by that directive for the grant of a derived right of residence to a third-country national who is a family member of a Union citizen who has exercised his right of freedom of movement by becoming established in a Member State other than the Member State of which he is a national.
-