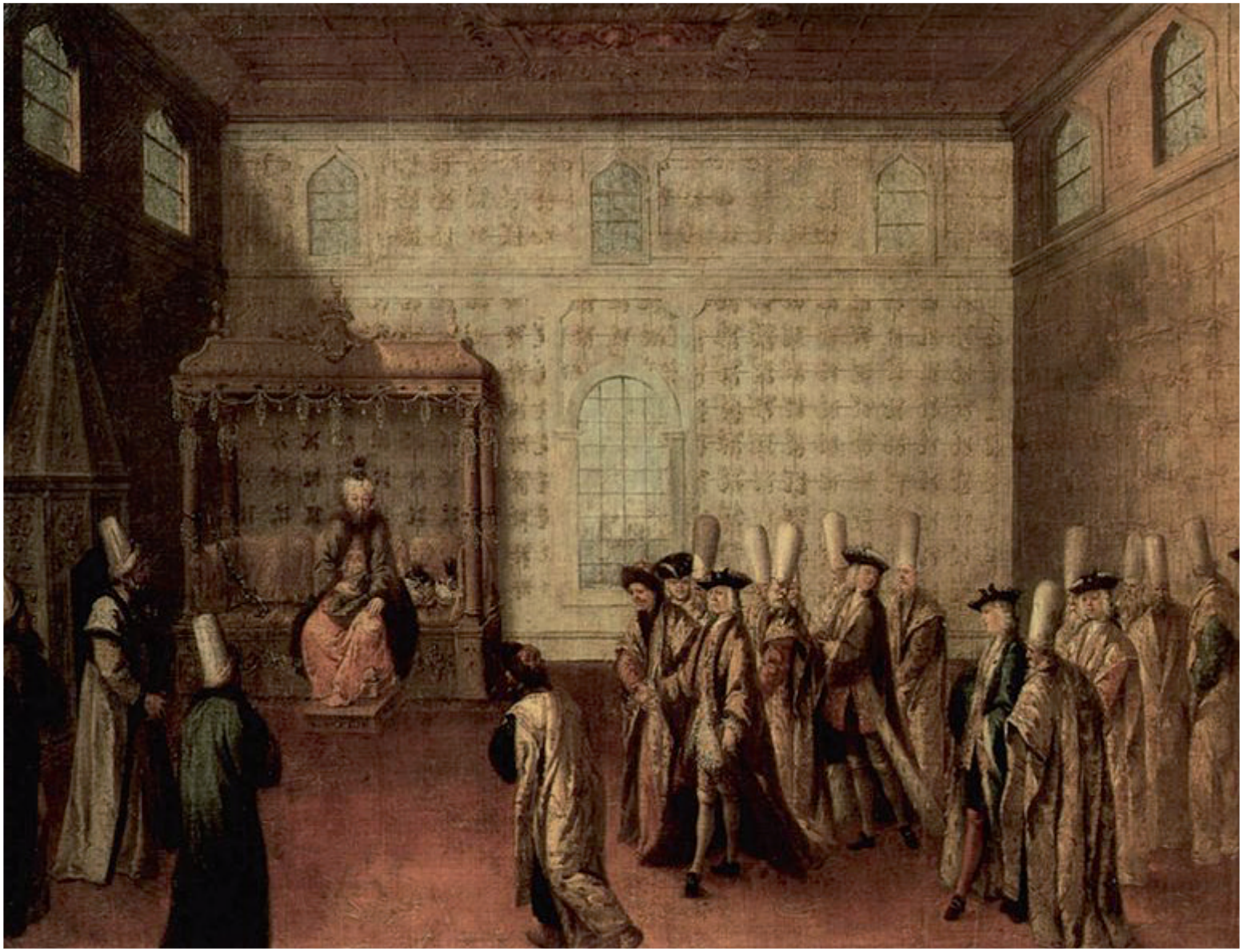
COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

a cura di Pasquale Stanzione



Anno 2018 - Volume 1

www.comparazionedirittocivile.it

Direttore
Pasquale Stanzione

Condirettore
Salvatore Sica

Comitato scientifico

Pasquale Stanzione (*Università degli Studi di Salerno*), Gabriella Autorino (*Università degli Studi di Salerno*), Aldo Berlinguer (*Università degli Studi di Cagliari*), Guido Biscontini (*Università degli Studi di Camerino*), Irina J. Bogdanovskaya (*Moscow National Research University*), Paolo Carbone (*Università degli Studi di Sassari*), Virgilio D'Antonio (*Università degli Studi di Salerno)*, Rosa- ria 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 Universitesi), Aura Bertoni *(Ask Centre – Università Commerciale "Luigi Bocconi")*, Nicola Brutti *(Università degli Studi di Padova)*, Salvatore Casabona *(Università degli Studi di Palermo)*, Claudia Cascione *(Università degli Studi di Bari)*, Francesco Clementi *(Università degli Studi di Perugia)*, Alessandra Cordiano *(Università degli Studi di Verona)*, Cristina Costantini *(Università degli Studi di Bergamo)*, 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 Giovannopoulos *(Aristotle University of Thessaloniki)*, Giorgia Guerra (*Università degli Studi di Padova*), Marco Juric *(University of Zagreb)*, Nevena Krivokapić *(University of Belgrad)*, Leysser León-Hilario *(Pontificia Universidad Católica del Perù)*, 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 Paler- mo)*, Elena Poddighe *(Università degli Studi di Sassari)*, Radim Polcack *(Masarykova Univerzita - Brno)*, Tito Rendas *(Universidade Católica Portuguesa)*, Paolo Rocca Comite Mascambruno *(Università degli Studi di Salerno)*, Giacomo Rojas Elgueta *(Università degli Studi di Roma Tre)*, Pieremilio Sammarco *(Università degli Studi di Roma Tre)*, Mauro Serra *(Università degli Studi della Basilicata)*, Giuseppe Spoto *(Università degli Studi Roma Tre)*, Maria Gabriella Stanzione *(Università degli Studi di Salerno)*, Andrea Stazi *(Università Europea di Roma)*, Derya Tarman *(Koc Universitesi - Istanbul)*, Maria Tommasini *(Università degli Studi di Mes-*

sina), 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 Cal- zolaio (*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 *(Universitaï von Hamburg und Mitarbeiter - Max Planck Institut von Hamburg)*, Giovanni Marini (*Università degli Studi di Perugia)*, Pier Giuseppe Monateri *(Università degli Studi di Torino)*, Maria Lillà Montagnani (*Università Commerciale "Luigi Boc- coni"*), 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

1/2018

INDICE

Dottrina

Il valore del precedente nel sistema ordinamentale
Pasquale Stanzione

Remissione del debito e volontà del debitore
Francesca Naddeo

Cognome familiare e cittadinanza europea tra identità ed autoregolamento
Gisella Pignataro

It is Winter in Delaware for merger litigation. And it might be Autumn for Delaware's dominance
Pierluigi Matera

Biobanche di ricerca e modelli regolativi
Alessandra Cordiano

La vendita multilivello e le interpretazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e della Federal Trade Commission: il caso Vemma
Valentina Barela

STUDI E RICERCHE

Confidential and Anonymous Birth in National Laws: Useful and Compatible with the UN Convention on the Rights of the Child?
Nataša Hadžimanović

Cloud computing e diritto d'autore
Carla Cosentino

La garanzia autonoma: spunti dai modelli uniformi
Mario Renna

GIURISPRUDENZA

Conflit de lois - Régimes matrimoniaux - Régime légal - Détermination - Modification au cours du mariage - Conditions - Stipulation expresse - Applications diverses

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 13 décembre 2017, 16-27.216.

Poligamia- Pension De Viudad
Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018. Recurso nº98/2017.

Transporte
Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2018. Recurso nº 313/2016.

1/2018

DOTTRINA

IL VALORE DEL PRECEDENTE NEL SISTEMA ORDINAMENTALE

PASQUALE STANZIONE

1. Affermare che in questa materia si possano delineare delle conclusioni, oltre che improprio, è sicuramente impossibile. A tutto voler concedere si possono individuare indici di tendenza[1].

I relatori tutti, con diversità di accenti, hanno posto in luce che nell'ora presente il diritto si muove nell'incertezza, nel disordine, nella complessità dei fatti, nella molteplicità delle fonti, nella sovrapposizione degli ordinamenti.

E quando le cose si complicano, nel diritto – come nelle vicende della vita – bisogna forse riandare alle scaturigini prime del fenomeno per tentare di conquistare almeno un barlume di orientamento.

Che cos'è il precedente? Se partiamo dalla definizione linguistica, rinveniamo nel dizionario della lingua italiana del Devoto-Oli che precedente significa anteriore nel tempo e, in campo giuridico, "decisione data in passato, più o meno autorevole o vincolante nei confronti di un caso identico o simile".

La definizione è icastica e consente di annotare immediatamente le due caratteristiche che contrassegnano il precedente: anteriorità temporale e simiglianza o analogia dei casi sui quali è vocato ad intervenire.

Ma v'è di più: il linguista fa riferimento, alternativamente, all'autorevolezza o alla vincolatività, che sono i poli tra i quali ha oscillato la dottrina e la pratica del diritto nei vari secoli e nei diversi ordinamenti, come i relatori hanno opportunamente sottolineato. Anche se non è dato sapere con certezza se si è veramente usciti fuori da tale dilemma e se si son tracciate nuove vie per la soluzione del problema.

Utile si appalesa, peraltro, il richiamo di talune distinzioni, sia pure di immediata percezione: in effetti, è vero che per meglio comprendere, bisogna distinguere.

E così, altro è una sentenza qualsiasi, altro il precedente. Il precedente è quella sentenza che esprime un principio di diritto in modo chiaro, originale, innovativo.

Se un giudice risolve una nuova questione allo stesso modo in cui nel passato è stata risolta una questione analoga, se non identica, egli sta decidendo secondo il precedente, secondo cioè una regola che trova applicazione anche nei casi successivi.

Si comprende allora come precedente e giurisprudenza siano due nozioni distinte. La giurisprudenza è l'insieme delle decisioni, delle sentenze, che sono innumerevoli e che possono, pertanto, risultare variabili, ambigue, contraddittorie – taluno discorre dei Tribunali di

[1] Lo scritto, eliminate le parole di circostanza, riproduce le conclusioni al Convegno su *Il valore del precedente nel sistema ordinamentale*, organizzato dal Consiglio nazionale forense e svoltosi a Roma il 13 ottobre 2017.

Babele –. L'interrogativo circa la natura di fonte del diritto non si può, evidentemente, prospettare per tale accezione di giurisprudenza.

Pertinente diventa qui il richiamo dell'art. 65 ord. giud., della funzione nomofilattica della Cassazione intesa ad assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge e garantire l'unità del diritto oggettivo nazionale. E tale funzione è destinata ad incrociare molto spesso la strada del precedente.

Da tempo ricorre nella dottrina e nella giurisprudenza l'espressione "diritto vivente". Esso, secondo alcuni, consiste nel "rilevamento empirico delle prassi giurisprudenziali e amministrative consolidate e dominanti".

Per me, più sinteticamente, diritto vivente è il sistema dei precedenti. Ma, attenzione!, come negli anni '70 abbiamo respinto la proposta di una legislazione per principi, così non bisogna avvalorare una giurisprudenza per principi.

Mai come su questo tema sono state create e individuate partizioni e differenze: i relatori ne hanno ampiamente discusso, anche con riferimento ad ordinamenti diversi. Il precedente vincolante/persuasivo; il precedente ascendente/discendente; il precedente verticale/orizzontale; il precedente interno/esterno. Mi dispenso dal chiarirne gli intuitivi significati.

Indubbiamente essenziale è interrogarsi sulla finalità che persegue il precedente. E su questo siamo tutti d'accordo nell'indicare la certezza del diritto come finalità imprescindibile dello stesso. Con l'avvertenza però che tra i vari significati di certezza qui si assume quello di conoscibilità del diritto, che conduce inevitabilmente alla prevedibilità dello stesso e quindi all'affidamento dei consociati.

Tra parentesi, a questo punto non può mancare il richiamo al diritto calcolabile di Max Weber e alle considerazioni di Natalino Irti sul tema. Ma il diritto calcolabile è senza valori. Chiusa la parentesi.

Allora, nella prospettiva della conoscibilità del diritto, diventa legittimo chiedersi se il precedente costituisce una tecnica utilizzata per rispondere all'età dell'incertezza oppure sorregge una valenza propria. Intanto, è opportuno ricordare che il principio della certezza non prevede il divieto alla giurisprudenza di modificare i propri indirizzi (ce lo ricorda tra le tante la Cass., 9 gennaio 2015, n. 174).

Ma l'incertezza perdura: sono a tutti note le motivazioni. Alluvione legislativa; scarsa qualità della legislazione; sovrapposizione e interferenza tra più autorità regolatrici; diversa identità di tali autorità e via elencando.

Ed è qui che si inserisce la giurisdizione, individuando nuovo diritto. Sì che, nelle varie configurazioni, si discorre del giudice che disvela il diritto, ma non lo crea; del giudice che seleziona tra più interpretazioni quella più plausibile. Ed oggi soprattutto egli è tenuto ad effettuare l'interpretazione conforme a costituzione.

L'intervento è legittimato dalle nuove tendenze culturali che, sul piano teoretico, offrono preciso fondamento al fenomeno. Si pensi al c.d. neo-pandettismo di Paolo Grossi: il diritto si crea dal basso, è posto dalla comunità attraverso (ecco il punto) l'intermediatore/interprete.

Oppure si pensi, in altra prospettiva, al neo-costituzionalismo di Ronald Dworkin, di Gustavo Zagrebelsky: il principio è *medium* in cui v'è apertura teoretica al valore e apertura pratica alla regola. Centrale diventa qui la *Konkretisierung* del giudice-interprete.

Ma basta per risolvere il tutto il ricorso al principio di ragionevolezza?, si chiede dubbioso Nicolò Lipari.

2. Sullo sfondo permane la domanda di senso: il precedente è una fonte del diritto? La risposta, formalmente, è no: art. 1 disp. prel. al cod. civ. Articolo incompleto, superato: siamo d'accordo. E allora intervengono variazioni sul tema: il precedente allorché acquista forza persuasiva diventa fonte di fatto come diritto vivente. Altri sostiene: è una fonte culturale.

Il presidente Giovanni Canzio, adoperando categorie molto care a Rodolfo Sacco, ci dice che il precedente è un formante o a tutto voler concedere è un co-formante del diritto.

Certamente, tra le due tesi estreme, rappresentate dal precedente come vincolante e dal precedente irrilevante, è percorribile la via mediana che assegna ad esso un rilievo sul piano logico-retorico e quindi nella motivazione, ossia una forza persuasiva. Tanto più che proprio su questo terreno – come avvertono i comparatisti – si assiste ad un ravvicinamento tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*, soprattutto allorché lo *stare decisis* conosce e applica sempre più spesso gli istituti del *distinguishing* e dell'*overruling*.

Relativamente ai rapporti tra decisioni dei giudici nazionali con quelle della Corte di giustizia europea, bisogna sottolineare che tale Corte più che emanare una semplice sentenza con valore di precedente, crea, pone essa stessa il diritto. Una sorta di *Drittwirkung*: operatività immediata negli ordinamenti interni (come ricorda Filippo Patroni Griffi, che cita la sentenza Puligienico del 5 aprile 2016, C-689/13). In altri termini, la sezione semplice della Cassazione italiana può adire direttamente la Corte europea senza transitare dalle Sezioni unite o dall'Adunanza plenaria. E comunque opera l'art. 267 del Trattato UE (si pensi per il diritto amministrativo alla sentenza *Fastweb* del 4 luglio 2913, C-100/12: come ricorda Alessandro Pajno).

Di qui il dubbio se siamo di fronte ad un trasferimento della funzione di unificazione della giurisprudenza alla Corte di giustizia europea oppure ad una frammentazione della funzione nomofilattica o ad una sua diversa organizzazione.

In ogni caso il diritto vivente – chiosa Giovanni Canzio – fa assumere al giudice nazionale la veste di giudice comune comunitario attraverso l'interpretazione conforme allo stesso diritto comunitario (in proposito si ricorda la sentenza della Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49, che ha indicato alcuni parametri per individuare i precedenti della Corte UE e comunque sottoponendo ad essi le decisioni dei nostri giudici).

3. Indubbiamente, nel nostro sistema ordinamentale, non esiste una norma specifica che imponga come vincolante il precedente, senza dimenticare che dietro tutto questo occhieggia lo spettro dell'art. 101 cost.: il giudice è soggetto soltanto alla legge.

Ma il diritto non è soltanto insieme di leggi (sarebbe il legismo, come con termine spregiativo lo chiama Paolo Grossi), esso è anche decisioni, atti amministrativi, contratti, lodi arbitrali, convenzioni e trattati internazionali, delibere e linee-guida delle autorità garanti.

Nel caos che si determina, e che a me ricorda la costruzione di Ilia Prigogine, taluno ritiene che proprio dal precedente come struttura dissipativa siano assicurate isole di ordine che propiziano l'evoluzione del sistema (Michele Taruffo).

Comunque sia, nella più recente legislazione si rinvengono tracce importanti di valorizzazione del precedente: penso all'art. 118, disp. att. al cod. proc. civ. (come novellato dal-

la l. 4 luglio 2009, n. 69), che introduce l'utilizzo del precedente giurisprudenziale conforme, che semplifica l'*iter* logico-argomentativo della motivazione ed anche i tempi della sua stesura. Penso all'art. 384, comma 2, cod. proc. civ.: il vincolo per il giudice di rinvio del rispetto del principio di diritto enunciato dalla Cassazione (diremmo, precedente verticale).

Penso ancora all'art. 374, commi 2 e 3, cod. proc. civ., per il vincolo di coerenza, nei rapporti fra le sezioni unite e le sezioni semplici, con la decisione delle Sezioni unite per dirimere i contrasti o risolvere questioni di particolare importanza (precedente orizzontale).

Ancora, v'è l'art. 384 *ter* cod. proc. civ., nella riforma della l. 18 giugno 2012, n. 134, per cui il giudice dichiara inammissibile l'appello con provvedimento basato su precedenti conformi. Penso infine all'art. 363 e all'art. 360 *bis* cod. proc. civ.

4. Uno dei più feroci contrasti che si registrano in dottrina concerne la risposta da dare al quesito se il precedente crea oppur no diritto. Qui, per semplificare, basta richiamare la netta e negativa posizione di Luigi Ferrajoli. La giurisprudenza non ha un potere dispositivo di nuovo diritto: sarebbe contro il principio di legalità. Non si dà interpretazione creativa, che è *contradictio in adiecto*: dove c'è interpretazione non c'è creazione e viceversa. Ancora, il diritto vivente non può essere prodotto dal legislatore; il diritto vigente non può essere prodotto dai giudici.

La posizione di Francesco Galgano, ad esempio, è diametralmente opposta. Il giudice non è più, montesquieunamente, *bouche de la loi*, ma crea il diritto, introducendo un sistema di *sub*-norme. La tesi non contrasta con l'art. 101, comma 2, cost. E certamente il precedente dispensa il giudice che vi si adegui dall'obbligo di motivare e impone al giudice che voglia discostarsene l'obbligo di motivare convincentemente il rifiuto.

La ferrea alternativa prospettata, tra neo-positivismo e giurisprudenza come fonte del diritto, probabilmente non esaurisce il ragionamento e ammette una qualche via di uscita.

È il ritorno alla nomofilachia, per di più assurta ora anche a termine normativo: nel decr. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40. Ma una nomofilachia intesa in senso dinamico, cioè formazione di indirizzi giurisprudenziali coerenti che non comporta conservazione statica di orientamenti tradizionalmente recepiti, ma capacità di governare l'evoluzione giurisprudenziale.

5. Il discorso sulla nomofilachia interna va ripetuto per il Consiglio di Stato e per la Corte dei Conti, nel senso che per il primo opera il divieto della sezione semplice di discostarsi da quanto stabilito dall'Adunanza plenaria (art. 99, comma 3, cod. proc. ammin. – decr. lgs. 2 luglio 2010, n. 104) e, per la Corte dei Conti, art. 42, l. n. 69/2009. Si tratta di una funzione nomofilattica rinforzata.

Si pensi anche al giudizio nel merito con motivazione in forma abbreviata, fondata sul solo richiamo del precedente (art. 9, l. n. 205 /2000). Del resto, storicamente – come ricorda Filippo Patroni Griffi – il giudice amministrativo ha creato diritto: si pensi all'effetto conformativo della sentenza; all'istituto dell'ottemperanza delle decisioni del giudice amministrativo; alla tutela del cittadino avverso il silenzio della P.A. e altro ancora.

Con riferimento al noto problema della funzione nomofilattica esterna della Cassazione – quindi nei confronti del Consiglio di Stato e Corte dei Conti – l'art. 111, ult. comma, cost. lo ammette per i soli motivi inerenti alla giurisdizione. La tesi contraria è ferma-

mente e convincentemente respinta, tranne che si tratti di eccesso di potere giurisdizionale o di c. d. diniego o rifiuto di giurisdizione.

La nomofilachia, secondo recenti tendenze, non è verticale, ma orizzontale; non proviene soltanto dalla Cassazione, ma è promossa anche dai giudici di merito e dai giuristi.

In essa, la sentenza assume la funzione – come teorizza J□rgen Habermas – di un agire comunicativo orientato all'intesa. Ne deriva che la nomofilachia diventa l'antidoto più forte all'incertezza e fluidità dell'esperienza moderna.

6. Ma la nomofilachia ha bisogno di precedenti correttamente strutturati. E' evidente, infatti, che il precedente si costruisce sulla *ratio decidendi*, ossia "sulla ragione autonoma, indipendente, distinta dalle altre, sufficiente a sorreggere logicamente e giuridicamente la decisione". E non sull'*obiter dictum*, sull'argomentazione *ad abundantiam*. Seppure, un domani, un *obiter dictum* può essere trasformato, in altro contesto, in *ratio decidendi.*

Certamente da evitare quella pratica, abbastanza diffusa, che sempre al fine di prevedere la decisione dei giudici, ricerca la soluzione, più che nei codici o nelle leggi, nei repertori della giurisprudenza. E si citano così come precedenti le massime. Ma le massime possono essere mentitorie, come ammoniva Rodolfo Sacco in un Convegno genovese di tanto tempo fa.

Se si unisce una serie di precedenti si dà luogo ad un sistema di precedenti, sincronicamente uniforme; diacronicamente non sottoposto a mutamenti.

È la strada intrapresa dalla Francia con la *jurisprudence constante* e dalla Spagna con la *doctrina* (ora j*urisprudencia*) *legal* (art. 1, comma 6, còdigo proc. civ.): il giudice di merito non si discosta dalla decisione doppia conforme della Corte suprema (e si tratta, naturalmente, di sistemi di *civil law*!).

7. La tendenza attuale della politica del diritto nel nostro sistema ordinamentale si avvia verso l'obbligatorietà del precedente. Anche se taluno auspica che il precedente sia riconosciuto *tout court* come fonte del diritto (è il compianto Alessandro Pizzorusso).Ma l'impiego del precedente, sostiene Giovanni Canzio, nel tessuto argomentativo della motivazione del giudice di merito diventa un *topos*. Io sento qui, nei miei orecchi, l'eco di un celebre volume degli anni '60: *Topik und Jurisprudenz* di Theodor Vieweg, che, com'è noto, prende spunto da un'affermazione di Giovan Battista Vico.

È vero, peraltro, che si tratta di realizzare "un difficile equilibrio tra la mediazione interpretativa del giudice e il principio di legalità", assicurando " il bilanciamento tra pluralismo interpretativo, dimensione creativa del diritto giurisprudenziale, uniformità e prevedibilità delle decisioni" (Giovanni Canzio).

Ma devono altresì trovare spazio operativo, aggiungo io, i principi di ragionevolezza, adeguatezza e sussidiarietà, che non sono formule magiche della scienza giuridica alla Wieth□lter, ma principi e criteri che si rivelano utili per consentire il passaggio dal testo al contesto.

Vorrei concludere con le parole di Luigi Mengoni: "Produrre norme a partire dai principi rende il giudice un ulteriore creatore di diritto, che si affianca al legislatore, ma che non può diventare antagonista rispetto ad esso e rispetto alla Corte costituzionale".

REMISSIONE DEL DEBITO E VOLONTÀ DEL DEBITORE

FRANCESCA NADDEO

SOMMARIO:1. Causa remissoria e causa rinunziativa: il problema dell'interesse del debitore. – 2. I rapporti tra il profilo funzionale ed il profilo strutturale della remissione del debito: la dichiarazione di non voler profittare della remissione come rifiuto di una proposta contrattuale.

1. Fra i modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento, disciplinati nel Libro IV, Capo IV, del codice civile, la fattispecie della remissione del debito, prevista dagli artt. 1236 ss. c.c., suscita notevoli dispute dottrinali con riguardo al suo profilo strutturale e funzionale. Discusso è, infatti, a fronte di un ambiguo dettato legislativo, il ruolo che gioca in essa l'interesse del debitore e, correlativamente, la volontà di quest'ultimo.

L'art. 1236 c.c. prevede che "la dichiarazione del creditore di rimettere il debito estingue l'obbligazione quando è comunicata al debitore, salvo che questi dichiari in un congruo termine di non volerne profittare".

La dottrina è pressoché concorde nel qualificare la dichiarazione di non voler profittare della remissione quale "rifiuto" della stessa, inteso, in senso lato, come manifestazione di volontà diretta a respingere una modificazione della sfera giuridica del dichiarante[1].

[1] L'autonomia concettuale di tale figura è stata rivendicata, per primo, da L. FERRI, *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960, *passim*, il quale l'ha distinta dalla rinunzia, quale atto abdicativo di un diritto già in titolarità del soggetto; la dottrina successiva ha poi teorizzato un'ulteriore distinzione fra il rifiuto "impeditivo" del perfezionamento di una fattispecie negoziale *lato sensu* costitutiva di una situazione giuridica soggettiva in capo al rifiutante ed il rifiuto "eliminativo" di effetti acquisitivi già prodotti (G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 165 ss.; L. V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1966, p. 22 ss.); ID., *Il contratto a favore di terzi*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1997, p. 71 ss.; da ultimo, la tesi di questi ultimi autori è stata applicata in tema di prelazione volontaria daP. DE MARTINIS,*Rinunzia, rifiuto e prelazione volontaria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 685 ss. Per un ulteriore approfondimento della tematica del rifiuto sia consentito rinviare a F. NADDEO, *Il rifiuto nella problematica contrattuale*, Napoli, 1999, *passim*. Isolata è, invece, la tesi di chi, sulla base di un'artificiosa scissione della situazione giuridica soggettiva passiva in due parti, di cui una corrispondente ad una situazione attiva di potere in testa al medesimo obbligato, sostiene che la dichiarazione del debitore di non voler profittare della remissione rappresenti "affermazione di esercizio del proprio potere di adempiere", strutturalmente e funzionalmente autonoma rispetto alla manifestazione di volontà del creditore e che quest'ultima non abbia l'effetto di estinguere, né da sola né congiuntamente alla prima, il rapporto obbligatorio o la titolarità del diritto di credito, ma solo quello di liberare il debitore "da quella parte dell'obbligo che incombeva su di lui per volontà del creditore"; la dichiarazione del debitore di voler profittare della remissione comporterebbe, poi, la liberazione del debitore dalla restante parte dell'obbligo e la conseguente estinzione dell'obbligazione per "ineseguibilità" (così SALV. ROMANO, *Sulla remissione del debito*, in *Scritti minori*, III, Milano, 1980, p. 1483 ss.). Criticabile è anche l'orientamento di pensiero che, identificando la remissione con la rinuncia al credito e ritenendo che essa abbia come causa solo quella di determinare la perdita del diritto, mentre effetto meramente riflesso ne costituirebbe la liberazione dall'obbligo e dunque l'estinzione del rapporto, qualifica la dichiarazione di voler profittare della remissione come atto negoziale di opposizione, che produce la rinascita dell'obbligazione e come effetto ancora una volta solo riflesso il riacquisto del diritto in capo al creditore (E. TILOCCA, *Remissione del debito*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 389 ss. e più ampiamente ID., *La remissione del debito*, Padova, 1995, p. 79 ss. In giurisprudenza, siffatta ricostruzione è accolta da Cass., 3 luglio 1968, n. 2221, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1126 ss.). Assolutamente incongruo è, infatti, il frazionamento dell'efficacia remissoria in tre momenti, sia pure solo logicamente diversi, rappresentati dalla perdita del diritto, dall'estinzione dello stesso e dall'estinzione dell'obbligo: com'è stato autorevolmente

Controversa è, tuttavia, l'incidenza di tale rifiuto sul perfezionamento o sulla efficacia del negozio remissorio.

Parte della dottrina, infatti, muovendo dal presupposto che la remissione del debito costituisca un negozio di rinunzia al credito, ritiene che la previsione normativa di un potere di rifiuto in testa al debitore sia significativa della volontà del legislatore di subordinare il perfezionamento della fattispecie ad una conforme volontà di quest'ultimo, sia pure manifestata tramite il silenzio, dal momento che le conseguenze dell'atto nella sfera giuridica altrui, in caso di rapporto obbligatorio, sono dirette e non meramente riflesse[2].

Siffatta ricostruzione, tuttavia, non raccoglie il consenso della maggior parte degli autori, per i quali essa sarebbe smentita dall'analisi teleologica della rinunzia, atto finalizzato al soddisfacimento di un interesse proprio ed esclusivo del titolare del diritto, che incontrerebbe un limite esterno alla sua operatività in un contrastante interesse, ritenuto giuridicamente preminente, del terzo debitore. A tale stregua, l'adeguamento della struttura alla funzione della remissione imporrebbe la qualificazione di quest'ultima come negozio unilaterale recettizio, la cui efficacia è risolutivamente condizionata all'autonoma manifestazione di volontà negoziale di rifiuto del destinatario.

La sola dichiarazione remissoria, dunque, in qualità di atto di rinunzia al credito, estinguerebbe direttamente ed immediatamente sia il lato attivo che il lato passivo del rapporto, mentre la dichiarazione del debitore di non voler profittare della remissione costituirebbe un autonomo negozio giuridico con funzione eliminativa dell'effetto derivante dall'atto del creditore e produttivo della conseguenza di ripristinare *ex tunc* il rapporto obbligatorio[3].

---

sottolineato, infatti, se si riconosce da un lato l'assenza di ogni spazio temporale fra gli eventi e dall'altro la loro necessaria interdipendenza, "si è costretti a respingere qualsiasi vera autonomia logica tra essi ed a ritenere inconcepibile che la remissione del debito non provochi, contestualmente e simultaneamente, l'estinzione dell'intero rapporto obbligatorio" (P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV, Delle obbligazioni*, Bologna- Roma, 1975, p. 181). Se, dunque, l'effetto negoziale è unico ed è destinato ad investire direttamente tanto la sfera giuridica del creditore quanto quella del debitore, la dichiarazione di non voler profittare della remissione è atto col quale il debitore esprime una volontà contraria a che i suoi interessi vengano così regolati e dunque, in definitiva, è "rifiuto", in senso proprio, della liberazione.

[2] Cfr., tra gli altri, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, pp. 8 ss., 51 ss.; F. PELLEGRINI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio, E. Finzi, *Libro delle obbligazioni, I, Delle obbligazioni e dei contratti in generale*, Firenze, 1948, p. 135; sembra orientato per la contrattualità della remissione anche E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2° ed., Napoli, rist. 1994, p. 294.

[3] G. BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1962, II, p. 1309 ss.; L. V. MOSCARINI, *Il contratto*, cit., p. 23; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXI, t. 1, Milano, 1987, p. 107 s.; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 2° ed., Milano, 1975, p. 401; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, II, Le obbligazioni e i contratti, t. 1, Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, Padova, 1990, p. 90 s.; ID., *La remissione del debito*, in *Tratt. dir. civ.*, II, Padova, 2009, p. 98; M. FERRARI, *Riflessioni in tema di rinuncia al credito e remissione del debito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, p. 1 ss.; C. ROMEO, *La remissione del debito*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, *Le obbligazioni, 4, I modi di estinzione delle obbligazioni*, Torino, 2012, p. 78 ss.; A. POMPILIO, *La remissione del debito*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, XIII, Milano, 2007, p. 276 ss.; L. GENGHINI, R. APICELLA, *Le obbligazioni*, Padova, 2015, p. 261 ss.; costruisce il rifiuto come una sorta di condizione risolutiva legale che elimina l'effetto estintivo della dichiarazione creditoria P. BOERO, Sub *art. 1236 c.c.*, in *Comm. c.c.*, diretto da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2013, p. 513 ss., il quale, peraltro, assegna alla remissione una "funzione più ampia rispetto a quella meramente rinunciativa"; *contra*, di recente, l'opinione che la remissione del debito altro non sia che una rinuncia al credito con effetti immediatamente estintivi dell'obbligazione è riproposta da E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015, p. 316 ss.; M. C. POLO, G. FABBRICA-

La tesi trova supporto nella tradizionale impostazione dell'obbligazione come relazione di subordinazione del debitore al creditore, in vista della realizzazione esclusiva dell'interesse di quest'ultimo cui, come la nascita, così l'intero svolgimento del rapporto è condizionato[4]. Se, infatti, il vincolo nasce per il soddisfacimento di un'esigenza del creditore, la rinuncia da parte di questi a pretendere tale soddisfacimento non potrebbe non eliminare l'essenza stessa dell'obbligazione, determinandone l'estinzione per volontà unilaterale del titolare del diritto[5].

A fronte di una scelta legislativa, quale quella di cui all'art. 1236 c.c., che demanda al debitore l'ultima parola sulla sorte della relazione, consentendogli di rifiutarne l'estinzione, l'affermazione di principio della signoria della volontà del creditore necessita, peraltro, di temperamenti che operino una mediazione tra realtà e dogma idonea ad assicurare la coerenza del sistema.

Al riguardo, il tentativo più convincente è offerto da quella dottrina che distingue l'interesse positivo del creditore alla prestazione dovuta dall'interesse negativo del medesimo all'estinzione non satisfattoria del vincolo: mentre rispetto al primo ogni contraria esigenza del soggetto passivo è destinata a soccombere, opposta soluzione vale nel momento in cui il soggetto attivo "tenta di imprimere al rapporto una destinazione eterodossa"[6]. In tal caso, infatti, l'eventuale interesse, morale o materiale, del debitore alla conservazione dello *status quo* assume rilievo preminente, in quanto risponde alla originaria destinazione funzionale dell'obbligazione.

Secondo taluno, anzi, la protezione della sfera giuridica debitoria scatterebbe quando verrebbe a mancare, in seguito alla rinunzia, un "interesse propriamente creditorio" da tutelare: l'interesse del titolare del diritto alla sua dismissione, infatti, non solo sarebbe agli antipodi rispetto a quello alla sua realizzazione, ma si porrebbe anche all'esterno del rapporto obbligatorio[7].

L'orientamento di pensiero che afferma la natura unilaterale della remissione è viziato, tuttavia, da un errore di fondo altrettanto grave di quello che consistente nell'assegnare alla rinunzia struttura contrattuale. L'identificazione della remissione del debito con la rinunzia al credito, è, infatti, premessa teorica assolutamente incongrua con la costruzione che della fattispecie remissoria fa il legislatore e con gli effetti che da essa fa discendere.

TORE, *Remissione del debito e figure affini*, in *Nuova giur. di dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, *Diritto delle obbligazioni*, diretto da U. Breccia, *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*, a cura di M. Paladini, Torino, 2010, pp. 77 ss., 95 ss. In tal senso è anche l'orientamento giurisprudenziale consolidato: cfr., fra le sentenze più recenti, Cass., 4 ottobre 2000, n. 13169, in *Mass. Giur. it.*, 2000; Cass., 10 ottobre 2003, n. 15180**,** in *Giur. it.*, 2004, c. 956; Cass., 18 maggio 2006, n. 11749, in *Giust. civ.,Mass.*, 2006, c. 5; Cass., 7 maggio 2007, n. 10293, in *Giust. civ., Mass.* 2007, 5 e, da ultimo, Cass., 9 giugno 2014, n. 12914, in *Dir. & Giust.*, 2014, secondo la quale **"**la remissione del debito – la quale, oltre che parziale, ben può essere condizionata – costituisce un negozio unilaterale recettizio, neutro *quoad causam* (con conseguente irrilevanza dell'assenza di vantaggi per il creditore) e non soggetto a particolari requisiti di forma nemmeno *ad probationem*, i cui effetti non possono essere disconosciuti dal creditore, ai sensi dell'art. 1236 c.c., una volta manifestato l'intento abdicativo al debitore, il quale soltanto può paralizzare l'efficacia di tale negozio, ovvero determinarne la risoluzione per l'avverarsi di una *condicio iuris*, mediante la tempestiva opposizione prevista dall'ultima parte della norma citata".

[4] Su questa concezione v. per tutti M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano, 1968, *passim*; ID., *Obbligazione (Diritto privato)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1968, p. 581 ss.; ID., *Debito e debitore*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 197 ss.

[5] In questi termini si esprime M. FERRARI, *op. cit.*, p. 12.

[6] E. TILOCCA, *La remissione*, cit., p. 119.

[7] R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, pp. 71 ss., 196 ss.

L'analisi approfondita che la migliore dottrina ha condotto sulla generale categoria dell'atto abdicativo dimostra, infatti, che la causa del negozio in questione consiste nella mera dismissione del diritto, ossia nello scioglimento del legame esistente tra il soggetto e la situazione giuridica soggettiva attiva[8]. La fuoriuscita del diritto dal patrimonio del suo titolare può comportare e comporta, nella maggior parte delle ipotesi, la sua estinzione, ma questa costituisce solo una conseguenza riflessa ed eventuale dell'atto: riflessa, perché esula dell'intento del rinunciante e dunque non trova la sua fonte nel negozio, bensì nell'effetto della perdita a sua volta prodotto da questo; eventuale, perché la situazione giuridica soggettiva può essere acquisita da altri in virtù di un autonomo titolo diverso dalla rinunzia e può anche, in talune ipotesi legislativamente previste, sopravvivere temporaneamente senza un titolare[9].

L'idea che l'estinzione della titolarità in capo al rinunziante sia fenomeno concettualmente distinto rispetto all'estinzione della situazione giuridica soggettiva rinunziata non suscita, del resto, difficoltà di ordine logico se si parte dal presupposto che il rapporto giuridico non è relazione tra soggetti, bensì tra centri di interessi più o meno complessi dei quali i soggetti stessi rappresentano il punto di riferimento esterno: l'attuale assenza o la sostituzione del titolare del diritto, dunque, non incide normalmente su quest'ultimo, né tantomeno sul rapporto di cui è parte, se non, eventualmente, in via mediata[10].

Se, dunque, si condivide la tesi per cui la remissione del debito produce come conseguenza essenziale e diretta l'estinzione del vincolo obbligatorio, non può mantenersi ferma la premessa che la remissione stessa sia una rinunzia al credito.

L'efficacia immediatamente estintiva della fattispecie di cui all'art. 1236 c.c. è confermata, del resto, proprio dalla previsione del potere di rifiuto del destinatario. Una volta stabilito, infatti, che la rinunzia è attività meramente abdicativa, a fronte della volontà del titolare del diritto di dismettere lo stesso non potrebbe annettersi nessuna rilevanza alla volontà di un terzo, né sotto il profilo del perfezionamento, né sotto quello dell'efficacia del negozio di rinunzia.

---

[8] Cfr., tra gli altri, P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, Napoli, 1968, p. 71 ss.; P. STANZIONE, *Remissione del debito*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 590 s.; ID., *Situazioni creditorie meramente potestative*, Napoli, 1982, p. 152; P. STANZIONE, *La remissione del debito*, in P. Stanzione, G. Sciancalepore, *Remissione e rinunzia*, Milano, 2003, p. 138 ss.; G. SCIANCALEPORE, *La rinunzia*, ivi, pp. 253 ss., 286 ss.; F. MACIOCE, *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 923 ss.; ID., *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1992, p. 83 ss.; C. DONISI, *Uno spunto (da verificare) in tema di distinzione tra remissione del debito e rinunzia al credito*, in *Dir. e giur.*, 1968, p. 48; ID., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 350 ss.; A. BOZZI, *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1148 ss.; L. BOZZI, *La negozialità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, *passim*; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 72; T. V. RUSSO, *La remissione del debito ancora al vaglio della giurisprudenza*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 148; C. COPPOLA, *La rinunzia ai diritti futuri*, Milano, 2005, p. 83 ss.

[9] V. per tutti P. PERLINGIERI, *Remissione*, cit., p. 71 ss.

[10] P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 84, il quale evidenzia come solo nel caso in cui il diritto soggettivo si qualifichi *intuitu personae* il venir meno dell'originario titolare ne comporta l'estinzione, perché in tal caso il legame con quel determinato soggetto costituisce la stessa ragion d'essere della nascita e dell'esistenza in vita della situazione (cd. titolarità istituzionale od organica, contrapposta alla titolarità occasionale); v. più ampiamente, sul tema, ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, rist. 1988, p. 329 ss. Sull'estraneità del soggetto alla struttura del rapporto si leggano anche le considerazioni di P. STANZIONE, *Rapporto giuridico*, in *Studi di diritto civile*, Napoli, 1986, p. 187, il quale specifica che anche nelle ipotesi di titolarità cd. occasionale, il mutamento della persona può talvolta acquistare rilevanza giuridica, ma non perché incida sulla struttura del rapporto ma perché provoca una modificazione del profilo funzionale del rapporto stesso; v. pure ID., *Il rapporto giuridico*, in P. Stanzione, G. Sciancalepore, *op. cit.*, p. 50 ss.

Sotto il primo profilo, infatti, la destinazione teleologica dell'atto all'esclusiva realizzazione dell'interesse del creditore non richiede che ad esso partecipi alcun altro soggetto, rendendo un eventuale "assenso" di altra persona del tutto superfluo in rapporto all'esistenza e validità della fattispecie[11].

Sotto il secondo profilo, poiché il risultato cui tende il rinunciante viene perseguito tramite la produzione di un effetto diretto nella sola sfera giuridica del medesimo, nessun altro, ancorché la sua situazione possa essere in qualche modo pregiudicata indirettamente dall'atto, può essere legittimato ad ingerirsi in tale vicenda, ostacolando l'efficacia dismissiva: colui che abdica, infatti, "comanda in casa propria", in quanto ogni conseguenza ulteriore rispetto all'estinzione della titolarità del diritto non è prodotta dal negozio abdicativo, ma è predisposta dall'ordinamento in termini di derivazione dall'evento di trasformazione della realtà giuridica operata dall'atto di autonomia privata. Ora, non può ammettersi che il destinatario degli effetti riflessi, per evitare una modifica *indiretta* nella propria sfera giuridica, abbia il diritto potestativo di incidere *direttamente* su quella del rinunciante, costringendolo a rimanere titolare della situazione attiva[12].

Di contro, il debitore che dichiara di non voler profittare della remissione, nel perseguire lo scopo di respingere dalla propria sfera giuridica l'effetto vantaggioso della liberazione, finisce per impedire la realizzazione dell'intero assetto di interessi voluto dal creditore: il suo rifiuto, cioè, non si limita ad operare sulla sua situazione patrimoniale, ma "investe la stessa dichiarazione del creditore, negandole l'operatività sua propria"[13].

L'aver stabilito che la dichiarazione remissoria non rappresenta atto di esercizio di un potere abdicativo da parte del titolare del diritto può servire ad impostare diversamente il collegamento tra tale dichiarazione e quella di non voler profittare della remissione, alla luce di una più generale revisione della relazione tra la posizione creditoria e quella debitoria durante la fase dello svolgimento del vincolo.

Che la disciplina dettata dall'art. 1236 c.c. costituisca un tassello importante nella costruzione di una nuova concezione del rapporto obbligatorio, affrancata dalla tralatizia idea della subordinazione assoluta del soggetto passivo al soggetto attivo, è testimoniato dalla frequenza con cui tale norma è invocata dalla dottrina più sensibile a dimostrazione che la posizione del debitore non si esaurisce nella figura giuridica del dovere a contenuto specifico, ma comprende anche situazioni giuridiche soggettive di vantaggio e addirittura veri e propri diritti.

Sebbene, infatti, vada respinta la tesi che configura, sulla base dei dati normativi ricavabili dagli artt. 1206 s., 1180 e 1236 c.c., un generale diritto soggettivo del debitore "alla li-

---

[11] Che il principio di economia delle dichiarazioni imponga di considerare *inutiliter datum* un eventuale accordo fra il rinunciante ed il destinatario degli effetti riflessi del negozio è rilevato da P. PERLINGIERI, *Remissione*, cit., p. 98 ss., il quale osserva come le ipotesi legislativamente previste di cd. rinunzia bilaterale, come quella all'eredità dietro corripettivo, non siano, in realtà, atti abdicativi bensì atti dispositivi del diritto (nello stesso senso, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 51 ss.: R. CICALA, *op. cit.*, Napoli, 1968, p. 100 ss.; A. CICU, *Rinunzia all'eredità in forma contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, p. 210 ss.).

[12] E' opinione indiscussa che ogni atto di autonomia privata, inserendosi in una trama di relazioni giuridiche tra loro collegate, dia origine ad una modificazione della realtà giuridica che si riverbera sul complesso di tali rapporti, processo che ciascun terzo è tenuto a subire poiché il negozio non ne costituisce la causa ma solo l'antecedente: v. per tutti F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, t. 2, Milano, 1972, p. 116.

[13] P. PERLINGIERI, *Dei modi*, cit., p. 183.

berazione mediante adempimento"[14], non solo perché – com'è stato dimostrato[15] –, essa non trova in realtà rispondenza in nessuno dei singoli referenti citati, ma anche perché la presenza di una siffatta costante strutturale è sconfessata dall'art. 1174 c.c., che prevede come elemento indefettibile per la nascita del rapporto il solo interesse creditorio[16] – è tuttavia pienamente condivisibile la premessa da cui essa parte e l'ottica che l'ispira.

Il merito di questa dottrina, in particolare, è di aver evidenziato come l'elemento qualificante del rapporto obbligatorio sia "un particolare tipo di cooperazione economica tra le parti"[17], finalizzato al raggiungimento di un sistema di interessi interno all'obbligazione e facente capo ad entrambe le situazioni tra loro correlate.

Questa visione si pone perfettamente in linea con l'indirizzo, cui si crede di dover aderire, che, ripudiando la concezione egoistica ed individualistica del diritto soggettivo, opera una rilettura della tematica del rapporto alla luce dei principi solidaristici, valorizzando il profilo della collaborazione rispetto a quello della contrapposizione e conseguentemente individuando, quale scopo dell'obbligazione, la realizzazione di un assetto di interessi "variamente correlativi, ciascuno dei quali individuabile nella sua rilevanza giuridica soltanto in relazione con gli altri e non tanto a fini delimitativi e di confini, ma di reciproca e funzionale coesistenza"[18].

In questa chiave, l'art. 1236 c.c. esprime la convinzione del legislatore che l'estinzione del rapporto obbligatorio sia evento che interessa in egual misura sia la sfera giuridica creditoria che quella debitoria e dunque sia vicenda che deve trovare la sua fonte nella volontà di entrambe le parti[19].

---

[14] Tesi la cui più compiuta formulazione si deve ad A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, *passim*. Di un "interesse giuridicamente rilevante" del debitore all'adempimento discorre più genericamente P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, p. 115 ss.

[15] Si rinvia, al riguardo, alle puntuali obiezioni di R. CICALA, *op. cit.*, p. 71 ss., 196 ss. Sull'inesistenza di un astratto diritto soggettivo all'adempimento cfr. anche le considerazioni di P. PERLINGIERI, *Dei modi*, cit., p. 27 ss.; C. DONISI, *Il problema*, cit., p. 107: E. CAPOBIANCO, *Contributo allo studio della quietanza*, Napoli, 1992, p. 75 ss.

[16] V. in tal senso G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995, p. 348, secondo il quale è nella fase attuativa del rapporto che occorre riconoscere l'elasticità di contenuto delle situazioni giuridiche soggettive correlate, modellandole sul concreto assetto di interessi sulla base del principio di buona fede.

[17] A. FALZEA, *op. cit.*, p. 5 ss.

[18] P. PERLINGIERI, *Le obbligazioni: tra vecchi e nuovi dogmi*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 93. Particolarmente nelle obbligazioni di fonte contrattuale il rapporto, dal punto di vista funzionale, va inquadrato come regolamento che ha per oggetto anche determinati, specifici interesse del debitore: in tal senso, ID., *Dei modi*, cit., p. 43; P. STANZIONE, *Remissione*, cit., p. 585 ss.; ID., *Situazioni*, cit., p. 35; E. CAPOBIANCO, *op. cit.*, p. 77; G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984, p. 28; G. ROMANO, *op. cit.*, p. 383.

[19] Ciò non toglie che, qualora dall'analisi del singolo tipo di vincolo e del concreto atteggiarsi del suo regolamento si dovesse dedurre che la sola parte giuridicamente interessata all'attuazione del rapporto sia il creditore, la disciplina di cui all'art. 1236 c.c. non potrebbe ritenersi applicabile, poiché l'intervento della controparte sarebbe causalmente ingiustificato; conclusione alla quale deve giungersi anche nel caso in cui siano gli stessi soggetti titolari delle situazioni giuridiche correlate a stabilire, con previo accordo normativo, che l'obbligazione possa essere estinta sulla base della volontà unilaterale del creditore, poiché alla disposizione codicistica in questione va attribuita natura dispositiva e non imperativa: v., al riguardo, P. STANZIONE, *Remissione*, cit., p. 588; ID., *Funzione e struttura della remissione nella valutazione dell'interesse concretamente tutelato*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 321 ss., ove si commenta la decisione di Cass., 14 marzo 1995, n. 2921, *ivi*, p. 320 ss., che ammette la variabilità strutturale della remissione anche in base all'autonomia negoziale delle parti; P. PERLINGIERI, *Dei modi*, cit., p. 213 ss., al quale si rinvia per una compiuta analisi delle ipotesi in cui deve ritenersi assente un potere di rifiuto del debitore.

2. Una volta riconosciuta al negozio remissorio funzione direttamente estintiva del rapporto obbligatorio ed accertato che la dichiarazione con cui il creditore manifesta la sua volontà di rimettere il debito non costituisce atto di esercizio di un potere abdicativo del diritto di credito, la soluzione del problema inerente al profilo strutturale della remissione ed in particolare al ruolo che in essa gioca la dichiarazione di non voler profittare della stessa dovrebbe discenderne *de plano*.

Se, infatti, il profilo causale del negozio non ha riguardo ad un interesse proprio ed esclusivo del creditore – quale sarebbe quello alla dismissione – ma si estende ad una nuova composizione degli interessi di entrambe le parti del rapporto tramite la cessazione del pregresso vincolo, la volontà del debitore non ha ragione di essere degradata a condizione di efficacia dell'evento ma partecipa, allo stesso modo di quella del soggetto attivo, alla formazione della fattispecie remissoria.

L'asserzione di una "giuridica rilevanza diseguale" tra i due voleri, determinata dalla circostanza che "il debitore è meno intensamente interessato alla remissione che il creditore"[20], trova esclusiva e dichiarata spiegazione nella presupposizione che la remissione stessa incida direttamente ed immediatamente sulla sola sfera del creditore: dimostrata l'infondatezza della premessa, cade di conseguenza anche la sua conclusione[21].

Come si è visto, inoltre, un differente grado di partecipazione non può essere giustificato nemmeno dalla diversità esistente tra le situazioni giuridiche soggettive che compongono il rapporto obbligatorio. In particolare, la considerazione che "l'interesse più frequentemente ricorrente nel debitore è quello ad ottenere l'espansione della propria libertà senza il sacrificio dell'adempimento" non vale, di per sé sola, a giustificare una collocazione gerarchica di questo interesse al di sopra di quello opposto alla conservazione del rapporto obbligatorio. Una simile argomentazione dovrebbe altrimenti trovare applicazione in ogni caso in cui da un atto di autonomia privata scaturiscano conseguenze giuridiche esclusivamente favorevoli al destinario, ed in particolare nell'intera categoria di contratti con obbligazioni a carico di una sola delle parti.

Ciò, invero, è proprio quanto asserito da quell'orientamento di pensiero che costruisce la fattispecie di cui all'art. 1236 c.c. come *species* di un più ampio *genus* di negozi giuridici unilaterali a favore di terzo, produttivi nella sua sfera giuridica di effetti suscettibili di divenire definitivi con il mancato rifiuto nei termini, di cui esempio paradigmatico sarebbe la fattispecie prevista dall'art. 1333 c.c.[22].

---

[20] Sono parole di E. TILOCCA, *Remissione*, cit., p. 406.

[21] Come, del resto, questa stessa dottrina ammette in via ipotetica, affermando: "Se si ritiene che la remissione incida direttamente sulla sfera del debitore e quindi si eleva quest'ultimo al rango di parte in senso sostanziale, appare conseguente la tesi della contrattualità (…) che non quella dell'unilateralità" (E. TILOCCA, *op. ult. cit.*, p. 403, il quale si chiede anche "fino a che punto si potrebbe parlare propriamente di rinuncia se la remissione avesse ad un tempo efficacia e struttura bilaterali").

[22] L. V. MOSCARINI, *Il contratto*, cit., p. 23; G. BENEDETTI, *Struttura*, cit., p. 1295 ss.; più di recente, la tesi di questi autori è ripresa da E. NAPOLILLO, *L'efficacia transitiva delle promesse unilaterali e la categoria generale dell'art. 1333 codice civile*, in *Contr.*, 2003, pp. 715 ss. L'idea di fondo che muove questa corrente di pensiero è quella della "generale idoneità dell'atto di autonomia privata a produrre effetti giuridici nella sfera giuridico-patrimoniale di soggetti diversi dallo o dagli autori del negozio senza necessità di una partecipazione positiva del beneficiario", a condizione che tali effetti siano esclusivamente incrementativi e che sia tutelato l'eventuale interesse del terzo contrario all'attribuzione tramite uno strumento, quale appunto il rifiuto, idoneo a riportare

L'assenza di una controprestazione a carico di chi riceve un vantaggio da un atto di autonomia privata non è, peraltro, di per sé elemento sufficiente a giustificare l'esclusione del suo interesse dal profilo causale e, correlativamente, del suo intento dal piano strutturale della fattispecie. Indubbiamente, il fatto che dal negozio scaturiscano per il promissario solo effetti favorevoli può indurre a sottovalutare quella dialettica tra i soggetti del rapporto che è invece considerata connaturale ai contratti di scambio e che è strumentale alla composizione dei contrapposti interessi in vista di un comune obiettivo.

E' questa, del resto, la ragione che ha indotto altra parte della dottrina e della giurisprudenza a delimitare entro confini più o meno ristretti la sfera di applicazione dell'art. 1333 c.c. – che disciplina il procedimento di formazione dei contratti con obbligazioni a carico del solo proponente –, negando all'autonomia privata il potere di utilizzarlo come veicolo di fattispecie atipiche produttive di obbligazioni a titolo gratuito. Al di fuori delle ipotesi in cui la preventiva tipizzazione legislativa indichi all'interprete l'esistenza, almeno in astratto, di una funzione negoziale riconosciuta dall'ordinamento, gli unici schemi generali di giustificazione causale delle attribuzioni patrimoniali sono stati ritenuti, infatti, quello del contratto a prestazioni corrispettive e quello della donazione[23].

---

la sua condizione giuridica allo *status quo ante* (L. V. MOSCARINI, *op. ult. cit.*, p. 11). La limitazione del principio di intangibilità alle sole ipotesi di effetti svantaggiosi e la conseguente ammissione di negozi unilaterali attributivi di diritti al terzo, salvo rifiuto, è condivisa, tra gli altri, da M. C. POLO, G. FABBRICATORE, *op. cit.*, p. 79 ss.; A. ORESTANO,*La conclusione del contratto per mancato rifiuto della proposta*, in *Tratt. del contratto*, diretto da V. Roppo, I, *Formazione*, a cura di C. GRANELLI, Milano, 2006, p. 210 ss.; A. PALAZZO, *Profili di invalidità del contratto unilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 587 ss.; M. COSTANZA, *Il contratto*, cit., p. 83 ss.; ID., *Contratti e negozi unilaterali*, in *Vita not.*, 1993, p. 49 ss.; F. MACIOCE, *Rinuncia*, cit., p. 931; P. CALICETI, *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*, Padova, 1994, p. 6 ss.; F. GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, in *Riv. notar.*, 1991, p. 1413 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile. 3, Il contratto*, Milano, 1987, p. 263 ss.; E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Camerino, 1981, p. 86 ss.; T. MONTECCHIARI, *I negozi unilaterali a contenuto negativo*, Milano, 1996, p. 21 ss.; C. DONISI, *Il problema*, cit., p. 104 ss., al quale si rinvia per un'approfondita disamina delle contrapposte opinioni dottrinali in materia. In giurisprudenza, l'unilateralità della fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. è sostenuta, in materia di lettere di *patronage*, ad es. da Cass., 27 settembre 1995, n. 10235, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1997, p. 396 ss.; Trib. Palermo, 18 gennaio 2000, in *Danno e resp.* 2002, p. 643, con nota di F SELOGNA, *Le lettere di conforto o lettere di patronage nella recente giurisprudenza italiana*; App. Milano, 5 febbraio 2005, in*Giur. merito*, 2006, 2, p. 286. *Contra*, sulla contrattualità delle fattispecie riconducibili all'art. 1333 c.c. Trib. Milano, 22 giugno 1995, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1997, p. 397 ss. e, più di recente, Cass., 31 gennaio 2012, n. 1338, in *Giust. civ., Mass.,* 2012, 1, c. 93. Ambigua la decisione di Cass., 4 settembre 2001, n. 11391, in *Giust. civ.*, *Mass.* 2001, c. 1643, la quale, in un caso di proposta di cessione di un bene immobile a prezzo simbolico, formulata dal proprietario nei confronti del Comune, ha qualificato come tacito rifiuto della proposta contrattuale il comportamento del Comune stesso che ha fatto ricorso alla procedura espropriativa, affermando che, a voler ammettere l'applicabilità dell'art. 1333 c.c., "pur sottraendosi la fattispecie del c.d. contratto unilaterale allo schema generale di formazione contrattuale, derivante dall'incontro delle volontà delle parti, per il fatto di perfezionarsi in virtù del mancato rifiuto della proposta, il fine, cui sovrintende la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 1333 c.c., di evitare che la sfera giuridica del soggetto possa essere interessata da una manifestazione di volontà altrui, consente che l'inefficacia della proposta possa desumersi, oltre che da un rifiuto espresso, anche da un comportamento inequivocabilmente apprezzabile come dettato dalla volontà di non avvalersi di quella proposta".

[23] Così, fra gli altri, G. BISCONTINI, *op. cit.*, p. 162 ss.; A. CATAUDELLA, *Donazione e liberalità*, in *Scritti sui contratti*, Padova, 1988, p. 275; G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico. I. Lineamenti generali*, Milano, 1954, p. 99; A. D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo, I. Profilo storico e comparativo*, Torino, 1992, p. 26. Diversa è la posizione di A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989, *passim* ed in part. pp. 12 ss., 73 ss., il quale, pur identificando gli atti a titolo gratuito con quelli posti in essere *donandi causa* e gli atti a titolo oneroso con quelli che realizzano una causa di scambio, non esaurisce in queste due categorie le ipotesi di giustificazione causale delle attribuzioni patrimoniali, affermando l'esistenza di un'area intermedia

La comune tendenza ad assimilare, se non identificare, i concetti di gratuità e liberalità ha, infatti, indotto a considerare l'assenza di un sacrificio patrimoniale dell'attributario come sinonimo della carenza di un'utilità economica per l'attribuente e dunque, nel caso in cui non fosse configurabile un atto posto in essere *donandi animo*, con l'osservanza del requisito formale previsto dall'art. 782 c.c., ha condotto automaticamente ad un giudizio di nullità del contratto per mancanza di causa, qualora non ricorresse una fattispecie tipicamente prevista dal legislatore[24].

Si crede, invece, che sia pienamente condivisibile quell'orientamento di pensiero che, sulla base di un'attenta rilettura dei tradizionali schemi causali dell'onerosità, gratuità e liberalità, ed in particolare alla luce di una netta separazione funzionale tra queste ultime due categorie, ha asserito la generale configurabilità di fattispecie contrattuali atipiche a carattere gratuito, in cui la validità dell'attribuzione non corrispettivata prescinde dai requisiti di forma previsti per la donazione, essendo collegata esclusivamente all'idoneità dell'operazione a soddisfare un interesse patrimoniale del promittente opposto e reciproco rispetto a quello dell'arricchimento del promissario[25].

Se, dunque, anche nelle fattispecie acquisitive gratuite il riconoscimento giuridico dell'attribuzione è effettuato in funzione della composizione di un conflitto d'interessi patrimoniali socialmente apprezzabili, si deve concludere che in esse la partecipazione del promissario alla formazione dell'atto attributivo trova la sua *ratio* nel profilo funzionale del negozio e la sua volontà si pone sullo stesso piano di quella del promittente, essendo volta

---

di "promesse interessate" – ovverosia motivate da un determinato interesse economico del promittente – come tali giuridicamente azionabili senza necessità di ricorrere, come nei primi due casi, allo strumento contrattuale.

[24] In dottrina, agli autori citati nella nota precedente *adde*E. TILOCCA, *Onerosità e gratuità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, p. 56, secondo il quale "liberalità è sinonimo di fattispecie gratuita, o meglio di fattispecie comunque produttiva di vantaggi gratuiti"; F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 765 ss.; G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1974, p. 489. In giurisprudenza, v., ad es., Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1506 ss., che ha decretato la nullità di un atto gratuito di cessione della titolarità di autolinee intercorso fra due imprese e privo della forma solenne, sostenendo, alla luce di una nozione di causa quale funzione economico-sociale, che lo scopo concreto delle parti e specificamente la vantaggiosità patrimoniale del trasferimento per l'impresa disponente costituisse solo un motivo individuale, come tale giuridicamente irrilevante. Non mancano, però, decisioni contrarie: ad es., Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1237 ss., in relazione ad trasferimento immobiliare posto in essere, in esecuzione di un accordo fra due coniugi separati, da uno dei due in favore della figlia, per assolvere all'obbligo di mantenimento, ha statuito che tale coniuge, quando, "in esecuzione di detto obbligo, dichiara per iscritto di trasferire alla figlia tale bene, avvia il processo formativo di un negozio che, privo della connotazione dell'atto di liberalità, esula dalla donazione ma configura una proposta di contratto unilaterale, gratuito ed atipico che, ai sensi dell'art. 1333 c.c., in mancanza di rifiuto del destinatario entro il termine adeguato alla natura dell'affare, e stabilito dagli usi, determina la conclusione del contratto stesso (…)". Più recentemente, Cass., 31 gennaio 2012, n. 1338, in *Giust. civ., Mass.,* 2012, 1, c. 93, confermando la sentenza di merito, ha ravvisato nell'accordo tra due coniugi separati, con il quale il marito – al fine di garantire alla moglie un decoroso tenore di vita e a se stesso di definire in tempi rapidi sia il giudizio ecclesiastico, sia la causa di separazione per colpa intrapresi dal coniuge oblato –, si impegnava a corrisponderle un assegno mensile, un contratto con obbligazioni del solo proponente, "a titolo gratuito, ma non motivato da spirito di liberalità", pertanto valido anche se non dotato di forma solenne.

[25] Si leggano, tra gli altri, A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 254 ss.; ID., *Regolamento contrattuale ed interessi delle parti*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 229 ss.; G. CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, p. 327 ss.; C. MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 909 ss.; F. CARINGELLA, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1508 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, Liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, 1998, *passim* ed in part. p. 74 ss.

a realizzare la medesima causa[26]. Il suo rifiuto, perciò, non si pone come evento che dall'esterno ostacola l'operatività di un atto di eteronomia, bensì come espressione, sia pure in negativo, dello stesso potere di autonomia da cui il vincolo obbligatorio sarebbe destinato a nascere[27].

Ogniqualvolta, infatti, la giustificazione normativa dell'operazione economica venga identificata non nella esclusiva tutela di un interesse del disponente, ma piuttosto nella composizione di un conflitto di interessi socialmente apprezzabili tra questi ed il destinatario della dichiarazione, la volontà di quest'ultimo non può essere degradata al ruolo di *condicio iuris* dell'altrui attribuzione, ma deve partecipare in modo eguale, nonché con identiche garanzie della libertà di scelta dell'*an* e del *quomodo* della programmazione, alla struttura del fatto innovativo della realtà giuridica[28].

Nel caso specifico della remissione, poi, la circostanza che le parti del negozio estintivo siano rappresentate dagli stessi centri di interessi che costituiscono i contrapposti termini del rapporto obbligatorio non esclude, bensì avvalora l'esistenza di un potenziale conflitto di esigenza che proprio tramite lo strumento contrattuale può giungere ad un'equilibrata e concorde composizione[29].

---

[26] In tal senso, con riguardo all'art. 1333 c.c., E. CESÀRO, *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, p. 41, secondo il quale, "sebbene dal contratto derivino obbligazioni a carico del solo proponente, è evidente come quel contratto regoli e disciplini anche il diritto di credito di colui che può rifiutare la proposta, e sotto questo profilo si realizza l'intervento del soggetto destinatario"; G. BISCONTINI, *Onerosità*, cit., p. 18 ss., il quale precisa che le situazioni giuridiche di entrambe le parti del rapporto, "per il loro contenuto complesso, non consentono di essere considerate espressione di posizioni attive o passive" e che dunque il potere del promissario di incidere sul perfezionamento della fattispecie deriva dal fatto che essa è espressione degli interessi di entrambe le parti; è opinione anche di G. SBISÀ, *La promessa al pubblico*, Milano, 1974, p. 154, che un negozio unilaterale non possa mai esprimere e servire a comporre interessi contrapposti.

[27] Il che comporta, come corollario, che il procedimento di formazione del contratto c.d. unilaterale possa anche concludersi con un'accettazione espressa dell'oblato, invece che col mancato rifiuto entro il termine: v., tra gli altri, F. REALMONTE, *La formazione del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, 2, Torino, 2000, p. 133; P. GALLO, *Trattato del contratto*, t. I, *La formazione*, Torino, 2010, p. 705. In giurisprudenza, invece, afferma criticabilmente che "la proposta di concludere un contratto con obbligazioni a carico del solo proponente si perfeziona, ai sensi dell'art. 1333 c.c., per il solo fatto del mancato rifiuto nel termine d'uso, senza bisogno d'alcuna accettazione. Di conseguenza, ove risulti che il destinatario della proposta abbia comunque ritenuto di accettarla per iscritto, correttamente il giudice di merito può desumere da tale circostanza che le parti abbiano inteso concludere un contratto a prestazioni corrispettive, e non un contratto con obbligazioni a carico del solo proponente", Cass., 31 ottobre 2008, n. 26325, in *Riv. notar.*, 2010, 1, p. 156.

[28] Nega la configurabilità logica, nei contratti a titolo gratuito, di qualsiasi graduazione tra le due volontà e le relative manifestazioni S. PIRAS, *La rinunzia nel diritto privato*, Napoli, 1954, p. 49, secondo il quale "che l'offerta venga accettata (...) semplicemente oppure che l'accettazione stessa sia accompagnata da una offerta corrispettiva non tocca quello che è l'elemento essenziale nel contratto, e cioè l'accordo inteso come risultante in cui si compongono le volontà, aventi ugual valore e concorrenti". La conciliabilità del potere di rifiuto del destinatario con l'unilateralità del negozio è drasticamente esclusa da R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale, Disposizioni preliminari - Dei requisiti del contratto*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV, Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1970, p. 163 ss., il quale motiva l'affermazione col "principio fondamentale ed incontestabile che solo attraverso il contratto può realizzarsi un autoregolamento di interessi di due stipulanti e possono altresì prodursi effetti giuridici ad essi relativi"; da P. PERLINGIERI, *Dei modi*, cit., p. 203 ss., secondo il quale "non può parlarsi di negozio unilaterale, anche se recettizio, quando il destinatario della dichiarazione ha addirittura il potere di neutralizzare il negozio e i suoi effetti"; da A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, p. 153, per il quale è proprio la possibilità di rifiuto "a segnare il confine dell'accordo".

[29] E' quanto fa notare P. PERLINGIERI, *Dei modi*, cit., p. 193 ss.

La valutazione probabilistica di una maggiore ricorrenza dell'intento del soggetto passivo di estinguere il rapporto piuttosto che di mantenerlo in vita può rendere opportuno, sul piano tecnico, un più agile meccanismo di perfezionamento del negozio bilaterale, basato sulla combinazione tra la dichiarazione del soggetto attivo di rimettere il debito ed il silenzio tenuto per un congruo termine dal destinatario della dichiarazione stessa, ma non legittima certo "discriminazione su piani differenti"[30] tra le manifestazioni di volontà del creditore e del debitore.

In tal senso, al mancato rifiuto è da attribuirsi il valore di elemento costitutivo della fattispecie e, più precisamente, di comportamento negoziale omissivo con significato legale di accettazione, al pari del comportamento omissivo considerato dall'art. 1333 c.c.[3132], ri-

[30] L'espressione è di P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 196.

[31] Nell'ambito dell'orientamento che ascrive al silenzio valenza negoziale, la dottrina è, peraltro, divisa in merito alla sua precisa qualificazione giuridica: a fronte di chi sostiene genericamente che esso valga come dichiarazione espressa di accettazione in ogni caso in cui il soggetto "doveva o poteva parlare" (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 9° ed., rist. 1989, pp. 141; analogamente, E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, p. 270; M. FRAGALI, *Sub* art. 1333, in *Comm. c.c.*, diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi, *Libro delle obbligazioni*, I, *Dei contratti in generale*, Firenze, 1948, p. 348 s.), altri ricorre alla discussa figura del negozio presunto, giustificando l'esistenza di un atto di autonomia privata sulla base di una presunzione assoluta di corrispondenza dell'intento dell'autore agli effetti previsti dalla legge (D. BARBERO, *Il sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1988, p. 220, che parla di presunzione *iuris et de iure* di accettazione; nello stesso senso, L. FERRI, *Lezioni sul contratto. Corso di diritto civile*, Bologna, 1975, p. 91; discorrono indiscriminatamente di accettazione tacita e di accettazione presunta G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 2° ed., 1991, pp. 6 s. e 71, e V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1996, p. 267 ss.; di presunzione relativa parla, invece, A. DIURNI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente: la tutela dell'oblato*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 681 ss.; analogamente, P. GALLO, *Trattato del contratto*, t. I, *La formazione*, Torino, 2010, p. 694; F. ROSSI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, Napoli, 2005, pp. 106 ss., 200 ss.). Altri ancora asseriscono apoditticamente che la negozialità del silenzio discende dalla stessa qualificazione legislativa (R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 165, il quale lo classifica come comportamento materiale che assume per legge valore negoziale; analogamente E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974, p. 4 ss.; G. OSTI, *op. cit.*, p. 516, che parla di "comportamento negoziale valutabile come equivalente ad una dichiarazione di accettazione"; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 415, che lo definisce una "dichiarazione legale tipica"; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto, I, Le fasi del procedimento*, Milano, rist. inalt. 1973, p. 281, che utilizza al riguardo la nozione di "dichiarazione legalmente tipizzata"). Vi è, infine, chi ritiene che, pur trattandosi di fattispecie di natura contrattuale, nel caso dell'art. 1333 c.c. si sia al di fuori dello schema dell'incontro tra proposta e accettazione, perfezionandosi il contratto "con l'incontro tra la proposta ed il comportamento omissivo, consistente nella mancata comunicazione del rifiuto entro un certo tempo" (A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2014, p. 77 ss.; di "accordo a struttura leggera" discorre V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da V. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, pp. 126 ss.; analogamente, F. REALMONTE, *La formazione del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, XIII, 2, Torino, 2000, p. 133). Per un'efficace confutazione delle suddette ricostruzioni dottrinali v. per tutti M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, *passim*, il quale dimostra come il comportamento tipicamente valutato dalla legge possa e debba essere valutato alla stregua di una manifestazione negoziale di volontà ove in esso ricorra il *minimum* sufficiente per l'esistenza di un atto di autonomia privata, cioè l'intento di tenere un comportamento "significativo" in ordine ad un assetto di interessi, non essendo invece necessaria la cd. volontà degli effetti, né pratici, né tantomeno giuridici: il che avviene sicuramente nella fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. L'autore conclude iscrivendo il comportamento omissivo legalmente valutato nella categoria dei modi di significazione per segnali. Più di recente, la tesi di Segni è ripresa da F. ROSSI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, I, Napoli, 2005, pp. 162 ss., 185 ss. Per la dimostrazione che, coerentemente con la disciplina dettata dalla legge, il comportamento omissivo di cui all'art. 1333 c.c. debba essere ricondotto alla categoria dei modi di significazione per simboli, sia lecito rinviare a F. NADDEO, *op. cit.*, p. 98 ss. In linea generale, sulla distinzione fra significazione per simboli e per segnali cfr. G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1961, II, p. 781

spetto al quale, lungi dall'esservi, come taluno sostiene, una "mera, superficiale, generica rassomiglianza"[33], si ritiene vi sia una profonda omogeneità strutturale e funzionale[34].

---

ss.; V. SCALISI, *Manifestazione (in senso stretto)*, in *Enc. dir.,* XXV, Milano, 1975, p. 485 ss.; A. FALZEA, *Manifestazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 469 ss.).

[32] Nell'ambito dei fautori della tesi contrattualistica, una posizione a parte è, invece, assunta da quell'orientamento di pensiero che, pur attribuendo alla fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. natura contrattuale e al rifiuto l'effetto di interrompere l'*iter* di conclusione del contratto, contestano quella che sembrerebbe conseguente asserzione e cioè che il mancato rifiuto sia significativo della volontà di accettare, rappresentando dunque un elemento costitutivo del negozio. Secondo questa dottrina, infatti, la bilateralità nella formazione del contratto, oltre che nel caso dei contratti reali – i quali necessitano di una collaborazione delle parti all'atto di consegna della *res* –, delle donazioni formali e di altri atti che la legge, per "speciali ragioni", considera perfezionati con l'accettazione, "è indispensabile solo se gli effetti del contratto sono bilaterali, se cioè l'accettazione del promissario oblato contiene a sua volta una repromissione". Per gli altri contratti, la sola volontà di chi intende obbligarsi sarebbe sufficiente a produrre gli effetti negoziali, ma la differenza rispetto agli atti unilaterali risiederebbe proprio nella facoltà per l'oblato di paralizzare gli stessi tramite il rifiuto (R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, t. I, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, p. 39 ss.; ID., *Contratto e negozio a formazione unilaterale*, in *Studi in onore di P. Greco*, II, Padova, 1965, *passim*). Capostipite di tale orientamento di pensiero è G. Gorla il quale, tuttavia, pur smitizzando il dogma del consenso e differenziando il ruolo dell'accettazione nelle diverse fenomenologie contrattuali, non prende una posizione così netta in merito all'art. 1333 c.c. (G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 192, parla al riguardo di accettazione presunta; ID., *Il dogma del "consenso" o "accordo" e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 924, asserisce invece che il consenso in tal fattispecie si riduce ad una finzione: ma successivamente ID., *Note sulla distinzione tra opzione e proposta irrevocabile*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, p. 223, ritorna all'originaria convinzione, specificando che nell'art. 1333 c.c. si debba individuare una presunzione legale *iuris tantum* di accettazione tacita). La tesi del *contract as promise or set of promises*, elaborata da Gorla e da Sacco, vanta numerosi sostenitori. Si vedano, *ex plurimis*, pur con alcune diversità di impostazione, F. CARRESI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 393 ss.; C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli, rist. 1992, p. 26 ss.; C. A. GRAZIANI, *Le promesse unilaterali*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 9, *Obbligazioni e contratti*, t. I, Torino, rist. 1987, p. 657 ss.; A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 12 ss.; A. D'ANGELO, *op. cit.*, *passim*. Sui rapporti tra contratto unilaterale e promesse unilaterali cfr., *amplius*, G. F. BASINI, *Le promesse condizionate ad una prestazione e l'art. 1333 c.c.*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 584 ss.; A. ORESTANO, *op. cit.*, p. 210 ss. Non è questa la sede per esporre le numerose obiezioni che possono essere mosse nei confronti della tesi del contratto a formazione unilaterale (per le quali v., fra gli altri, L. MOCCIA, *Promessa e contratto (spunti storico-comparativi)*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 842 ss.; L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, trad. it., Milano, 1990, p. 93; P. RESCIGNO, *Consenso, accordo, convenzione, patto (la terminologia legislativa nella materia dei contratti)*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p. 5; G. OSTI, *op. cit.*, p. 465; A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale*, cit., p. 241; per un ulteriore approfondimento sia, inoltre, lecito rinviare a F. NADDEO, *op. cit.*, p. 63 ss.). Qui può solo riportarsi la conclusione, mirabilmente scolpita nelle parole che un autorevole giurista ha dedicato al contratto unilaterale: "Il principio che il contratto è accordo non solo è valido per la lettera della legge espressa nello stesso art. 1321 c.c. ma per l'intero sistema, ed è inattaccabile come il più alto principio del diritto privato, creatore degli ordinamenti di questo, determinatore della loro evoluzione proprio in quanto le regole private sono volontariamente poste e volontariamente accettate" (SALV. ROMANO, *Proposta irrevocabile e promessa unilaterale*, in *Scritti minori*, III, Milano, 1980, p. 1240 ss.).

[33]E. TILOCCA, *Remissione*, cit., p. 404; più di recente, asserisce che l'accostamento fra la fattispecie di cui all'art. 1333 e quella di cui all'art. 1236 c.c. "non va oltre una valenza meramente descrittiva di fenomeni che sono invece profondamente diversi anche sul piano degli effetti", E. MOSCATI, *op. cit.*, p. 320.

[34] Ad un significato tipico attribuito, da parte del legislatore, all'omissione qualificata fa riferimento P. PERLINGIERI, *Dei modi*, cit., p. 195; di "comportamento negoziale di adesione", alla stregua dell'art. 1333 c.c., parla P. STANZIONE, *Remissione*, cit., p. 589; configura un rapporto di *genus ad speciem* tra l'art. 1333 e l'art. 1236 c.c. T. V. RUSSO, *op. cit.*, p. 156; un parallelismo tra gli artt. 1236 e 1333 c.c. è riscontrato anche da E. DAMIANI, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, Milano, 2000, p. 135; F. ROSSI, *op. cit.*, p. 162 ss.; P. GALLO, *op. cit.*, p. 698; G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980, p. 497 ss. (il quale, peraltro, molto discutibilmente costuisce la fattispecie remissoria non come contratto, bensì come insieme di due negozi tra loro geneticamente e funzionalmente collegati che combinati insieme producono il "super effetto" dell'estinzione del rapporto). Secondo questi autori, dunque, il mancato rifiuto non va trattato né come un fatto giuridico

Il negozio remissorio può, infatti, essere considerato come una *species* del contratto unilaterale, inteso, in senso lato, come negozio bilaterale caratterizzato da un sacrificio economico a carico della sfera giuridica di una sola parte. Che poi si voglia far coincidere *tout-court* quest'ultima categoria con quella prevista dall'art. 1333 c.c., oppure si preferisca, sulla base di un'interpretazione letterale, restringere l'ambito di applicazione della norma suddetta ai contratti produttivi di effetti obbligatori a carico del solo proponente, il risultato non cambia, poiché è innegabile che le previsioni legislative contenute negli artt. 1333 e 1236 c.c. rispondano ad un medesimo principio di semplificazione del procedimento di formazione del contratto per i casi in cui il destinatario di una proposta vantaggiosa per sé non sia contrattualmente gravato, a sua volta, da alcuna controprestazione.

E' opportuno, peraltro, sgombrare il campo dagli ulteriori dubbi avanzati dall'opposto orientamento al riconoscimento della bilateralità del negozio remissorio.

Innanzitutto, la considerazione – che il suo stesso autore definisce "di alto rilievo"[35] – secondo la quale nella "cooperazione" tra creditore e debitore non potrebbero comunque ravvisarsi gli estremi di un accordo contrattuale, poiché il legislatore differenzia nettamente la loro posizione giuridica, attribuendo solo al primo la legittimazione a prendere l'iniziativa della remissione, appare invero frutto di una pura e semplice petizione di principio. Nulla, infatti, nel dettato legislativo autorizza a supporre che al debitore sia impedito di proporre alla controparte la propria liberazione, né che una tale sollecitazione sia priva di rilievo giuridico: ciò potrebbe ricavarsi solo a mo' di corollario, dopo aver dimostrato che la remissione sia un negozio unilaterale di rinuncia, e non già – con evidente inversione logica – a supporto di siffatta dimostrazione[36].

La circostanza che l'art. 1236 c.c. si sia limitato a prevedere come primo atto della sequenza remissoria la dichiarazione di volontà del creditore può, invece, essere tranquillamente spiegata con l'osservazione che solo in tal caso si presentava al legislatore l'opportunità di una disciplina apposita, derogatoria dell'ordinario *iter* formativo del negozio, laddove, viceversa, l'ipotesi di provenienza della proposta dal soggetto passivo del rapporto era già implicitamente ricompresa nel campo di applicazione della normativa generale prevista dagli artt. 1321 e 1326 c.c. per l'estinzione volontaria di un rapporto giuridico patrimoniale fra due centri di interessi.

La presenza dell'art. 1333 c.c. non sarebbe stata, al riguardo, sufficiente, non solo e non tanto perché la norma regola espressamente le fattispecie contrattuali costitutive di obbligazioni a carico di una sola delle parti, mentre la remissione è fattispecie estintiva di una precedente obbligazione, quanto piuttosto perché a quest'ultimo tipo contrattuale, a differenza dalla prima categoria, il legislatore ha voluto assegnare un'efficacia retroattiva. Secondo la lettera dell'art. 1236 c.c., infatti, "la dichiarazione del creditore di rimettere il debitore estingue l'obbligazione quando è comunicata al debitore, salvo che questi dichiari in un congruo termine di non volerne profittare": e l'espressione non va necessariamente

(come sostengono, invece, i fautori della tesi unilateralistica: v. per tutti E. TILOCCA, *La remissione*, cit., p. 90 ss.), in quanto è comportamento cosciente e volontario che assume rilevanza in relazione alla conoscenza della dichiarazione recettizia del creditore, né come un atto giuridico in senso stretto, "trattandosi di un comportamento qualificato da una volontà indirizzata alla regolamentazione degli interessi dell'autore di esso e, come tale, obiettivamente rilevante come precetto impegnativo" (così G. CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 497): ad esso va pertanto applicata la disciplina degli atti negoziali ed in particolare quella dei vizi del volere.

[35] Così E. TILOCCA, *La remissione*, cit., p. 29.

[36] P. PERLINGIERI, *Dei modi*, cit., p. 190. Sul riconoscimento di un potere di iniziativa in testa al debitore v. anche P. STANZIONE, *Remissione*, cit., p. 584.

interpretata, come i fautori della tesi unilateralistica sostengono, nel senso che l'effetto estintivo si produce *al* momento della recezione della manifestazione di volontà da parte del destinatario, ma può significare che esso si ha come verificato *da* quel determinato momento.

Una tale lettura, lungi dall'essere incompatibile con la costruzione bilaterale della remissione, si inquadra senza difficoltà in un sistema normativo in cui l'irretroattività degli effetti di una fattispecie non è esigenza logica né ontologica, ma solo regola dettata da ragioni di opportunità legislativa che in nome di analoghe ragioni può essere derogata, ed ove ugualmente derogabili sono le norme che disciplinano il modo di conclusione del contratto[37].

Né, infine, l'unilateralità della remissione può ritenersi "chiaramente presupposta"[38] dalla regola probatoria contenuta nell'art. 2726 c.c., secondo la quale "le norme stabilite per la prova testimoniale dei contratti si applicano anche al pagamento e alla remissione del debito". Com'è stato riconosciuto nell'ambito dello stesso orientamento di pensiero che sostiene la tesi unilateralistica, la disposizione citata non può avere peso decisivo nella soluzione del problema, in quanto può interpretarsi tanto a favore di tale tesi, quanto a riprova della tesi opposta, ed in entrambi i casi non sarebbe comunque necessaria, ma solo opportuna. Poiché, infatti, sotto il vigore del codice abrogato l'indirizzo giurisprudenziale prevalente riteneva che la remissione, in qualità di negozio unilaterale, potesse essere provata illimitatamente con qualsiasi mezzo, comprese la prova testimoniale e quella per presunzioni, la *ratio legis* dell'art. 2726 c.c. potrebbe essere costituita tanto dall'esigenza di estendere l'applicabilità dell'art. 1324 c.c. al negozio remissorio, quanto, all'inverso, di confermare espressamente la natura contrattuale della remissione, fugando ogni dubbio in proposito.

Se, in conclusione, non esistono ragioni né di ordine dommatico, né di diritto positivo che esigano una costruzione della fattispecie di cui all'art. 1236 c.c. come negozio unilaterale condizionato al rifiuto del suo destinatario, l'analisi del procedimento ivi previsto alla luce degli interessi dei soggetti nell'ambito del rapporto obbligatorio conduce, viceversa, ad asserire che, ogni qualvolta debba ritenersi concesso al debitore di "neutralizzare" la dichiarazione del creditore, dichiarando di non voler profittare della remissione, si è sicuramente in presenza di un negozio bilaterale.

Paradossalmente, una descrizione assai veridica della posizione del destinatario della manifestazione di volontà creditoria si legge nelle pagine scritte da uno dei più convinti fautori della tesi unilateralistica: "Il debitore è pienamente ed assolutamente libero di reagire all'efficacia remissoria o di subirla e questa sua situazione di piena libertà si ricollega, non ad uno specifico potere o diritto, più o meno condizionato, più o meno limitato, bensì alla libertà che ha ciascun soggetto di estrinsecare o meno la propria personalità mediante determinati schemi negoziali. Il debitore, insomma, di fronte all'intento remissorio del credi-

[37] La puntuale contestazione di quella dottrina secondo la quale la struttura logico-grammaticale dell'art. 1236 c.c. imporrebbe di collegare l'estinzione dell'obbligazione alla sola manifestazione di volontà del creditore poiché altrimenti, "ravvisando nella mancata opposizione del debitore una tacita accettazione contrattuale, si perverrebbe necessariamente all'assurda ed inammissibile conclusione di attribuire a siffatta accettazione una rilevanza retroagente" (E. TILOCCA, *La remissione*, cit., p. 25), è effettuata da P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 199.
[38] Sono sempre parole di E. TILOCCA, *La remissione*, cit., p. 22; nello stesso senso, G. BENEDETTI, *Struttura*, cit., p. 1295.

tore viene a trovarsi nella stessa precisa situazione di discrezionalità in cui versa colui cui è stata avanzata la proposta di stringere un contratto"[39].

[39] Sono parole di E. TILOCCA, *La remissione*, cit., p. 97 ss., il quale anche altrove mostra di avvicinarsi alla realtà del fenomeno remissorio, distorcendola, peraltro, sul piano tecnico per non rinnegare la preconcetta identificazione tra remissione e rinunzia. L'autore, infatti, scrive che "nei riguardi della dismessione si realizza, se non un accordo, certamente una convergenza dei voleri del creditore e del debitore (…) Fra creditore e debitore si instaura e si sviluppa un vero e proprio dialogo diretto a realizzare la partecipazione e l'interessamento di quest'ultimo agli effetti remissori, dialogo però che non abbisogna di realizzarsi ed esaurirsi necessariamente prima o coevamente alla formazione della remissione, ma può, anzi normalmente si realizza e si esaurisce in un tempo soltanto cronologicamente successivo. Quindi, nei riguardi degli effetti remissori si ha una specie di bilateralità, di accordo – beninteso, in senso generico ed atecnico – fra creditore e debitore". Proprio sulla base dell'affinità tra la situazione del destinatario della dichiarazione remissoria e quella dell'oblato di proposta contrattuale, del resto, l'autore contesta l'opinione, da altri manifestata, che il debitore possa legittimamente rifiutare la remissione solo se provi di avere un interesse, anche puramente morale, al mantenimento in vita del rapporto (in tal senso G. DE SEMO, *Istituzioni di diritto privato*, Firenze, 1955, p. 469). La tesi mal si concilia, però, con la costruzione del rifiuto come negozio giuridico unilaterale, poiché è da ritenersi, con la migliore dottrina, che anche in presenza di una causa tipica astrattamente considerata, la carenza di un concreto interesse dell'autore dell'atto di autonomia privata, così come la sua illiceità, incidano sulla validità del negozio (cfr., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, rist. 1988, p. 261 ss.). Viceversa, la qualificazione del rifiuto come elemento impeditivo del perfezionamento del contratto comporta che la soluzione del problema causale debba avvenire a monte, all'atto, cioè, di decidere se il regolamento convenzionale o legale della singola obbligazione giustifichi o meno un potere del creditore di estinguere unilateralmente il rapporto: in caso di risposta positiva, un'eventuale dichiarazione di non voler profittare della remissione, più che invalida, sarebbe invero del tutto irrilevante; la risposta negativa, invece, dovrebbe condurre ad escludere qualsiasi successiva sindacabilità dell'atto con cui il debitore manifesta la sua volontà di non concludere il contratto.

COGNOME FAMILIARE E CITTADINANZA EUROPEA TRA IDENTITÀ ED AUTOREGOLAMENTO

GISELLA PIGNATARO

SOMMARIO:1. La *law in action* sul cognome familiare. – 2. Il panorama europeo. – 3. La nuova regola giurisprudenziale. – 4. Autonomia negoziale ed identità personale: i confini di un ossimoro. – 5. Nuovi spazi di autoregolamentazione nella prospettiva europea. – 6. Riflessioni conclusive.

1. La lenta progressione verso una più compiuta ed organica disciplina in tema di attribuzione e/o trasmissione del cognome vede ancora una volta protagonista la giurisprudenza, almeno da quando la Corte costituzionale ha cessato di attribuirgli la funzione sociale di identificazione dell'individuo rispetto al gruppo familiare[1] per riconoscergli un'autonoma funzione identificativa della persona[2]. Ma se, proprio in virtù di questa funzione identificativa, il diritto al nome da diritto della persona è diventato parte essenziale ed irrinunciabile della sua personalità, improcrastinabile diventa il problema della trasmissibilità del rapporto con il ramo materno.

In materia si è assistito ad una costante evoluzione verso una sorta di disciplina a formazione progressiva che ha affidato alla giurisprudenza un ruolo propulsivo. Sintomatica è l'atipica concordanza di opinioni sull'assenza di ragioni giuridiche a difesa della regola del patronimico che stride con l'indifferenza del legislatore: in adesione alla dottrina prevalente[3], tutti gli organi giurisdizionali di merito[4] e di legittimità, nonché le giurisdizioni supe-

[1] Prima della riforma del 1975 la disciplina del cognome era coerente con un modello familiare indissolubile e ordinato secondo una concezione gerarchica, che attribuiva al marito e padre un ruolo preminente: la moglie assumeva il cognome del marito e ai figli si trasmetteva il solo cognome paterno. Per un'analisi storica sulla primigenia funzione identificativa del cognome, E. SPAGNESI, *Nome (storia)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 293 ss.

[2] Riconosce al cognome una distinta tutela anche nella sua funzione di strumento identificativo della persona, in quanto tale parte essenziale e irrinunciabile della personalità, Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 13, in *Foro it.*, 1994, I, col. 1668, allorché sancisce l'illegittimità costituzionale dell'art. 165 r.d. 9 luglio 1939 n. 1238, per violazione dell'art. 2 Cost., nella parte in cui non prevedeva che, quando la rettifica degli atti dello stato civile, dovuta a ragioni indipendenti dalla volontà del soggetto cui si riferisce, comportava il cambiamento del cognome, il soggetto stesso poteva ottenere dal giudice il riconoscimento del diritto a mantenere il cognome originariamente attribuitogli, ove questo sia da ritenersi acquisito come autonomo segno distintivo della sua identità personale. Il nome dunque, in quanto principale ed immediato elemento dell'identità personale, è bene oggetto di autonomo diritto e di rilievo costituzionale, in quanto riconducibile nell'ambito dell'art. 2 Cost. Trattasi di dato acquisito ormai nel nostro ordinamento, come conferma Cass., 26 maggio 2006 n. 12641, in *Foro it.*, 2006, I, c. 2314: «È dato ormai incontrovertibile che il cognome nel nostro ordinamento giuridico non svolge solo una funzione pubblicistica, tesa a offrire una tutela della famiglia consentendo ai suoi membri di essere identificati come appartenenti a un determinato nucleo familiare, ma assolve anche a una fondamentale funzione di natura privatistica, quale strumento identificativo della persona».

[3] G. AUTORINO STANZIONE, *Attribuzione e trasmissione del Cognome. Profili comparatistici*, in *Il diritto di famiglia*, vol. IV, Torino, 2011, p. 245 ss.; M. N. BUGETTI, *Il cognome della famiglia tra istanze individuali e principio di eguaglianza*, in *Familia*, 2006, p. 947; V. CARBONE, *I conflitti sul cognome del minore in carenza di un intervento legislativo e l'emergere del diritto all'identità personale*, in *Fam. e dir.*, 2006, n. 5, p.475 ss.

riori costituzionale e comunitaria hanno superato da tempo l'idea dell'unità familiare quale fattore legittimante una disciplina sostanzialmente discriminatoria[5]. Si scontrano però con l'esistenza di un dato normativo che, per la sua natura di norma implicita di sistema[6] e per le sue possibili varianti, non può prescindere dall'intervento del legislatore, solo in parte condizionato dai più recenti interventi giurisprudenziali volti ad arginare la sua reiterata latitanza. Non a caso, superata l'idea della consuetudine *contra legem*[7] in un quadro di valori costituzionali ed europei che al principio di uguaglianza e divieto di discriminazione attribuiscono un ruolo centrale nella tutela della persona, non si è mai pervenuti ad una totale declaratoria di illegittimità di questa norma di diritto positivo implicita[8], nonostante le importanti acquisizioni offerte dalla giurisprudenza a tutti i livelli.

La storia recente segnala dunque una graduale evoluzione, grazie alla sintonia tra le supreme Corti nazionali e internazionali. Il primo *imput* proviene dalla Corte costituzionale quando, nel 2006, si rende protagonista di un vero e proprio *revirement* nell'impostazione della questione, rispetto alle sue precedenti pronunce in cui riconosceva la legittimità della norma, «radicata nel costume sociale», in quanto espressione dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio[9]. In questa pronuncia, infatti, riconosce la disarmonia tra il sistema di tra-

---

[4] Già Trib. Lucca, 1 ottobre 1984, in *Dir. fam.*, 1984, p. 1068 ss., autorizzava l'accoglimento della domanda congiunta dei genitori diretta ad aggiungere a quello paterno il cognome della madre. Analogamente App. Milano, 4 giugno 2002, in *Fam. dir.*, 2003, p. 173, con nota di A. FIGONE, *Sull'attribuzione del cognome del figlio legittimo*; Trib. Bologna, 9 giugno 2004, in *ivi*, 2004, p. 441, con nota di M. N. BUGETTI, *L'attribuzione del cognome tra normativa interna e principi comunitari*; Trib. Napoli, decreto 19 marzo 2008, in *Foro it.*, I, c. 2322, queste ultime già influenzate dal diritto comunitario e dalle sentenze della Corte di Giustizia.

[5]Per un'articolata disamina delle differenti interpretazioni dell'art. 29 Cost. succedutesi nel tempo, M. SESTA, *Verso nuovi sviluppi del principio di eguaglianza tra i coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 387 ss.

[6] È questa una delle importanti acquisizioni che si evince da Corte Cost., 16 febbraio 2006, n. 61, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1673 ss., che dovrebbe porre fine al dibattito dottrinale sulla natura consuetudinaria o normativa della regola del patronimico (per una sintesi sulle contrapposte soluzioni interpretative, si rinvia a G. PIGNATARO, *Il cognome materno*, in *Cedu e Ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'Ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. Di Stasi, Vicenza, 2016, p. 658 ss.). La consuetudine peraltro presuppone la reiterazione di un comportamento da parte della generalità dei consociati, nella convinzione che sia giuridicamente vincolante, caratteri estranei all'automatismo che finora ha connotato la trasmissione del patronimico in virtù di un atto vincolato dell'ufficiale di stato civile (così Cass., ord., 17 luglio 2004, n. 13298, in *Dir. fam. e pers.*, 2005, p. 23, in dissenso con la sentenza impugnata e quegli orientamenti dottrinali che ravvisano il fondamento dell'attribuzione del cognome paterno in una regola di natura consuetudinaria).

[7] Sulla natura consuetudinaria della norma, G. ALPA, *La persona fisica*, in G. ALPA, G. RESTA, *Le persone e la famiglia*, 1, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ.,* diretto da R. Sacco, Torino, 2006, p. 96; in giurisprudenza, Trib. Lucca, 28 settembre 1984, in *Giur. merito*, 1985, p. 288 ss; Trib. Lucca, 1 ottobre 1984, cit., p. 1068 ss. *Contra*, U. BRECCIA, *Delle persone fisiche, Art. 6*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1988, p. 377.

[8]La precisazione è in Cass., ord., 17 luglio 2004, n. 13298, cit., p. 23, in quanto norma che non ha trovato corpo in una disposizione espressa, ma che è pur presente nel sistema e lo completa.

[9] Corte costituzionale, ord. dell'11 febbraio 1988, n. 176, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1811, dove la questione di legittimità costituzionale degli art. 71, 72 e 73 r.d. n. 1238 del 1939 riguarda la mancata previsione della facoltà dei genitori di determinare il cognome da attribuire al proprio figlio legittimo mediante l'imposizione di entrambi i loro cognomi. Qui la Corte ha affrontato i due problemi connessi alla trasmissione del patronimico: il diritto all'identità personale e l'interesse alla conservazione dell'unità familiare. Sul diritto dell'individuo all'identità personale ha osservato che oggetto del diritto, sotto il profilo del diritto al nome, non è la scelta del nome, ma il nome per legge attribuito (art. 22 Cost. in relazione all'art. 6 c.c.). Con riguardo all'esigenza di garantire l'unità familiare, tutelata dall'art. 29, 2° comma, Cost., aveva espresso la necessità di prestabilire il cognome familiare fin dal momento dell'atto costitutivo della famiglia, senza però escludere la possibilità di determinar-

smissione del cognome e l'attuale configurazione delle relazioni matrimoniali, fortemente improntate al principio paritario; dichiara l'opportunità di un differente sistema di attribuzione del cognome, peraltro caldeggiato da una serie di fonti internazionali richiamate dalla stessa Corte[10], ma si arresta di fronte alla declaratoria di illegittimità nel timore del vuoto legislativo conseguente alla pronuncia, nonostante il *petitum* limitato, volto a contestare l'automatismo dell'attribuzione del cognome paterno anche in presenza di una diversa volontà dei genitori[11]. Trattasi dunque di una illegittimità accertata, ma non dichiarata, dove il dispositivo di rigetto si accompagna ad una motivazione esplicativa del reale contrasto con la Costituzione: la norma sull'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio nato in costanza di matrimonio, anche in presenza di una diversa contraria volontà dei genitori, contrasta con i principi dell'ordinamento sull'attuale accezione di famiglia, con i valori costituzionali e con norme di origine sopranazionale. La Corte rinuncia però ad una sentenza additiva di accoglimento, in quanto richiede un'operazione manipolativa esorbitante dai suoi poteri. Effettivamente ampio ed ineliminabile appare lo spazio di discrezionalità del legislatore tra le diverse opzioni eligibili, come conferma l'analisi comparata nei diversi ordi-

---

lo con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, competenza però esclusiva del *conditor iuris*; Corte costituzionale, ord. 19 maggio 1988, n. 586, in *Dir. fam.*, 1988, p. 1206, che ribadisce la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale qui sollevata in riferimento agli art. 2, 3 e 29 Cost., degli art. 6, 143 bis, 236, 237, 2° comma, 262, 2° comma, c.c., ribadendo le medesime argomentazioni: la deroga al principio di uguaglianza dei coniugi trova fondamento in una regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio, il cui superamento compete esclusivamente al legislatore.

[10] Trattasi della Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*), adottata a New York il 18 dicembre 1979, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 14 marzo 1985 n. 132. Con essa gli Stati contraenti si impegnano ad adottare tutte le misure adeguate per eliminare la discriminazione nei confronti della donna nelle questioni derivanti dal matrimonio e nei rapporti familiari *(States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in all matters relating to marriage and family relations and in particular shall ensure, on a basis of equality of men and women*)., incluso il diritto di scegliere il cognome familiare. Sotto il profilo del diritto europeoil richiamo è alle Raccomandazioni e Risoluzioni del Consiglio d'Europa: con Raccomandazione n. 1271 del 1995, chiede agli Stati membri di adottare misure appropriate per garantire una rigorosa eguaglianza tra coniugi nella scelta del nome familiare; più in generale poi, con la Raccomandazione 18 marzo 1998 n. 1362, nel reiterare gli inviti formulati in precedenza, il Consiglio chiede agli Stati membri di indicare entro quale termine adotteranno misure antidiscriminatorie; in precedenza, si era espressa in merito con la Risoluzione n. 37 del 1978, relativa alla realizzazione della uguaglianza tra madre e padre nell'attribuzione del cognome ai figli (si parla infatti di *common family name*, scelto d'accordo con l'altro coniuge, che potrebbe consistere nel «*family name of one of the spouses, the family name formed by the addition of the family names of both spouses or a name other than the family name of either spouse*»).

[11] Afferma infatti Corte cost., 16 febbraio 2006, n. 61, cit.,, c. 1673 ss. che «nonostante l'attenzione prestata dal collegio rimettente a circoscrivere il *petitum*, limitato alla richiesta di esclusione dell'automatismo dell'attribuzione al figlio del cognome paterno nelle sole ipotesi in cui i coniugi abbiano manifestato una concorde diversa volontà, viene comunque lasciata aperta tutta una serie di opzioni, che vanno da quella di rimettere la scelta del cognome esclusivamente a detta volontà — con la conseguente necessità di stabilire i criteri cui l'ufficiale dello stato civile dovrebbe attenersi in caso di mancato accordo — ovvero di consentire ai coniugi che abbiano raggiunto un accordo di derogare ad una regola pur sempre valida, a quella di richiedere che la scelta dei coniugi debba avvenire una sola volta, con effetto per tutti i figli, ovvero debba essere espressa all'atto della nascita di ciascuno di essi». La soluzione interpretativa viene ribadita per la filiazione fuori dal matrimonio in Corte cost., ord. 27 aprile 2007, n. 145, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1306 ss., e con le medesime argomentazioni, in relazione al contestuale riconoscimento da parte di entrambi i genitori, cui è preclusa l'attribuzione concordata del cognome materno.

namenti europei[12] nonché la varietà di progetti di legge presentati[13]. Spetta dunque al legislatore ridisegnare la regola del patronimico in senso costituzionalmente adeguato; nel frattempo, conserva vincolatività una norma imperativa di sistema[14] che si pone palesemente in conflitto con il sistema stesso[15].

Partendo da questo assunto, la Corte di Cassazione nel 2008[16] propone una differente lettura che negli obblighi internazionali e comunitari trova fondamento interpretativo.

Acquisito il principio costituzionale che il legislatore ordinario è tenuto a rispettare gli obblighi internazionali derivanti da norme di natura convenzionale[17], una normativa nazio-

---

[12] Nella legislazione europea si distinguono due modelli: attribuzione di un solo cognome scelto concordemente dai genitori (Germania e Olanda) ovvero di entrambi i cognomi con la possibilità però di tramandarne uno solo (Spagna); in posizione intermedia la Francia, nella più recente riforma del 18 giugno 2003, n. 516, affida ai genitori la scelta di attribuire uno o entrambi i cognomi, sempre con lo stesso limite per la trasmissione.

[13] Ai progetti di legge presentati nel corso della XIV legislatura, richiamati dalla stessa Corte costituzionale (il disegno di legge n. 1739-S., che prevede che ai figli legittimi nati in costanza di matrimonio sia attribuito il cognome di entrambi i genitori, e che sia riportato per primo quello del padre, ed inoltre che il figlio naturale assuma il doppio cognome di chi lo ha riconosciuto; il disegno di legge n. 1454-S., secondo il quale, all'atto della registrazione del figlio, l'ufficiale di stato civile, sentiti i genitori, attribuisca al neonato il cognome del padre, ovvero quello della madre, ovvero entrambi nell'ordine determinato di comune accordo tra i genitori stessi, e, in caso di mancato accordo, i cognomi di entrambi i genitori in ordine alfabetico; il disegno di legge n. 3133-S., dove, premesso che il cognome parentale è composto dal primo cognome di ciascuno dei genitori, si attribuisce agli sposi, al momento della celebrazione del matrimonio, la facoltà di scegliere l'ordine dei cognomi, con dichiarazione resa davanti all'ufficiale dello stato civile mentre, in assenza di manifestazioni di volontà, il cognome parentale è composto dal primo cognome del padre e dal primo cognome della madre) si aggiunga nella attuale XVII legislatura il disegno di legge n. 1230, su un Testo unificato che, approvato da un ramo del Parlamento nel 2014, giace in Commissione al Senato. Il testo si compone di 7 articoli dove (art. 143-*quater*) per i figli nati in costanza di matrimonio la regola è l'accordo dei genitori mentre, in caso di disaccordo, è obbligatorio il doppio cognome secondo l'ordine alfabetico; per i figli nati fuori dal matrimonio vale la stessa regola se il riconoscimento è contestuale, il solo cognome del genitore che effettua il riconoscimento se monogenitoriale, salvo la possibilità di aggiungere il cognome dell'altro genitore che riconosce successivamente, previo consenso del genitore e del figlio di 14 anni (art. 262 c.c. riformulato); per i figli adottati maggiorenni, si conferma la regola che antepone al proprio il cognome dell'adottante e, se ha un doppio cognome, deve decidere quale mantenere; nell'adozione legittimante, infine, si seguono le stesse regole della filiazione nel matrimonio (regola che sostituisce l'art. 27, l. 1983/184). Comune a tutti è la regola che la scelta diventa efficace per tutti i figli e la possibilità di trasmettere un solo cognome a scelta in caso di doppio cognome. Infine, in deroga al principio di immutabilità del nome, al maggiorenne si consente di aggiungere il cognome dell'altro genitore con semplice dichiarazione resa all'ufficiale dello stato civile.

[14] All'inderogabilità delle regole di attribuzione si contrappone la possibilità di rinuncia del cognome paterno una volta acquisito, rinuncia che la normativa in materia di stato civile prevede e regolamenta.

[15] È quanto criticamente rileva G. GRISI, *L'aporia della norma che impone il patronimico*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 649, per il quale l'argomentazione giurisdizionale presenta un vizio di fondo insito nella configurazione di una norma di sistema, quale l'automatica attribuzione del patronimico, in conflitto col sistema. Per l'autore una norma di sistema, che si desume dall'interpretazione di una serie di disposizioni eterogenee, ha fondamento solo se coerente col sistema, mentre l'idea di una norma di sistema in conflitto col sistema è un *nonsense*.

[16] Cass., ord. 22 settembre 2008, n. 23934, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3097 ss. Per una rassegna giurisprudenziale, M. ALCURI, *L'attribuzione del cognome materno al figlio legittimo al vaglio delle sez. un. della S. C.: gli orientamenti della giurisprudenza interna e comunitaria*, in *Dir. fam.*, 2009, p. 1075 ss.

[17]Corte costituzionale 24 ottobre 2007, n. 348 e Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Riv. Dir. internaz.*, 2008, I, rispettivamente p. 197 ss. e p. 229 ss. Nella prima la Corte, nel pronunciarsi in tema di indennità di espropriazione, affronta il problema della relazione gerarchica tra la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni e gli obblighi internazionali di fonte pattizia, come la Convenzione europea per i diritti dell'uomo. Se prima della modifica del Titolo V della Carta costituzionale le norme internazionali pattizie avevano il rango

nale con esse incompatibile viola l'art. 117 cost. Tali possono considerarsi il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, la Convenzione di New York del 1979, la stessa Convenzione Cedu[18], norme che attribuiscono al giudice la possibilità di leggere in senso costituzionalmente orientato la regola sull'applicazione automatica del cognome paterno al figlio legittimo, almeno in presenza di concorde difforme volontà dei genitori. Anzi, la ratifica e poi l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che riconosce e rende giuridicamente vincolanti i diritti sanciti nella Carta di Nizza[19] oltre a prospettare l'adesione alla Cedu, rende ipotizzabile l'applicazione diretta delle norme del Trattato e di quelle cui il Trattato rin-

---

della legge ordinaria di recepimento, con l'attuale formulazione dell'art. 117, comma 1, cost., posto l'indubbio condizionamento della potestà legislativa, si pone il problema della loro collocazione gerarchica. Nella seconda, con una serie di argomentazioni in successione logica, qualifica l'art. 117, primo comma, "norma interposta", che si limita ad operare soltanto un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta interessata. La Corte infatti ribadisce che le disposizioni della CEDU, rese esecutive nell'ordinamento interno con legge ordinaria, ne acquistano il rango e quindi non si collocano a livello costituzionale; che le norme meramente convenzionali sono escluse dall'ambito di operatività dell'art. 10, primo comma, come dell'art. 11 cost., non ravvisandovi alcuna limitazione della sovranità nazionale. In conformità alla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, riconosce ai diritti fondamentali, in particolare ai principi CEDU, natura di princìpi generali, ma con un vincolo differente rispetto a quello derivante dagli obblighi dell'U.E.: manca in questa materia una competenza comune attribuita alle istituzioni comunitarie, di conseguenza il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri è disciplinato da ciascun ordinamento nazionale. È dunque inesatto sostenere che l'incompatibilità della norma interna con la norma della CEDU possa risolversi con la disapplicazione della prima da parte del giudice comune: nessun elemento consente di attribuirvi questa efficacia diretta; invero è alla luce della disciplina stabilita dalla Costituzione che deve essere sistematicamente interpretato l'art. 117, primo comma, Cost. La norma, benché abbia colmato una lacuna rispetto agli obblighi internazionali assunti dallo Stato, non attribuisce rango costituzionale alle norme oggetto di accordi internazionali, quali le norme della CEDU, ma realizza soltanto un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta interessata, ovvero è essa che dà contenuto agli obblighi internazionali genericamente evocati. Costituisce pertanto una "norma interposta", soggetta a sua volta ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione. Spetta allora al giudice interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale; laddove ciò non sia possibile, ovvero si dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", bisogna sollevare la questione di legittimità costituzionale.

[18]Il problema affrontato da Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349,*loc. cit.*, riguarda principalmente le norme CEDU, alle quali la stessa Cassazione a Sezioni unite (sent. 23 dicembre 2005, n. 28507, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1423 ss.) aveva riconosciuto carattere sovraordinato al punto da considerare la norma interna successiva, modificativa o abrogativa di una norma prodotta da tale fonte, inefficace, con conseguente legittima disapplicazione da parte del giudice ordinario. Invero la Corte costituzionale, con ampia argomentazione, pur riconoscendo la maggior forza di resistenza delle norme Cedu rispetto alle leggi ordinarie successive, risolve gli eventuali contrasti non nell'ambito della successione delle leggi nel tempo né con la disapplicazione della norma legislativa ordinaria secondo un sistema gerarchicamente ordinato, ma con il necessario controllo di legittimità costituzionale. In questa prospettiva le norme Cedu integrano il parametro costituzionale, ma collocandosi ad un livello sub-costituzionale. Non si tratta dunque di sindacare l'interpretazione della Corte di Strasburgo, ma di verificare la compatibilità della norma CEDU con le norme della Costituzione, per un corretto bilanciamento tra il rispetto degli obblighi internazionali, da garantire, e la difesa del sistema costituzionale che non può essere modificato da fonti esterne in assenza riconosciute limitazioni di sovranità, senza arrecare un *vulnus* alla Costituzione stessa.

[19] Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore nel 2009, nel modificare il Trattato sull'Unione e quello costitutivo della Comunità europea, oltre a ribadire come valori promozionali la parità di genere e la lotta alla discriminazione (artt. 1 *bis* e 2, co. 3), riconosce espressamente valore giuridico alla carta di Nizza, diventata parte integrante del Trattato, con conseguente vincolatività dei diritti al rispetto della vita privata e familiare (art. 7), del divieto di discriminazione fondata sul sesso (art. 21) e della parità tra uomini e donne (art. 23). La ratifica del Trattato ha dunque legittimato la diretta efficacia delle sue norme e di quelle da esso richiamate che concorrono alla definizione del parametro di legittimità costituzionale.

via, nonché un controllo di costituzionalità tra diritto interno e diritto comunitario, vertendosi in materia di diritti fondamentali e di diritti inalienabili della persona[20]. Per questa Corte pertanto, posto che l'attuale normativa italiana è isolata nel panorama legislativo europeo, dove si conferma la varietà di soluzioni plausibili, è possibile scindere la competenza regolamentare di carattere generale, che spetta in esclusiva al legislatore, dalla regolamentazione della fattispecie concreta che tuteli la sola ipotesi in cui i genitori siano concordi nell'attribuire il cognome materno.

In questa prospettiva lungi dall'inficiare la competenza generale del legislatore in materia, si sposta il problema sulla derogabilità o meno della norma implicita di sistema e dunque sulla possibilità di limitare negozialmente ogni automatismo nell'attribuzione del patronimico nei rapporti di filiazione. In altri termini, con la lettura suggerita dalla Corte suprema non c'è supplenza del legislatore nella scelta tra le opzioni possibili, ma opzione tra ammettere o escludere la derogabilità della norma implicita di sistema. Scelta rinviata al Primo Presidente della Corte di Cassazione per l'eventuale rimessione degli atti alle Sezioni Unite, cui spetta esaminare la correttezza di tale interpretazione costituzionalmente orientata, ovvero per valutare l'opportunità di sollevare una nuova questione dinanzi alla Corte costituzionale. Proposta disattesa, non avendo avuto alcun seguito.

2.*Dum Romae consulitur, Saguntum expugnatur*: Così la Corte europea dei diritti dell'uomo, con un'incursione in un territorio fino ad allora estraneo e a dispetto delle perplessità ed esitazioni della giustizia costituzionale, affronta il profilo identitario del diritto al nome nella duplice prospettiva della tutela della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) e del principio di non discriminazione di genere (art. 14 CEDU)[21].

L'occasione è offerta dall'ostinazione di due coniugi che, riportando in auge il problema, vi hanno impresso un'efficace accelerazione, disvelando un interesse generale soltanto apparentemente sopito[22]. Oggetto di sanzione non è il patronimico in sé, bensì l'automatismo nell'attribuzione e trasmissione del cognome paterno che, precludendo ai genitori ogni facoltà di scelta, condiziona illegittimamente sia la vita privata e familiare dell'individuo che la pari dignità nel rapporto di coniugio, per di più con connotazioni a carattere discriminatorio. Le ragioni a fondamento della decisione sono essenzialmente tre: la mancanza di un interesse pubblico prevalente cui la disciplina limitativa dovrebbe essere

[20] Già l'ordinanza Corte cost., 11 febbraio 1988 n. 176, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1811, nel dichiarare manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale per l'assenza della facoltà dei genitori di scegliere il cognome da attribuire al proprio figlio e del diritto di assumere anche il cognome materno, considera tale innovazione «una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza esclusiva del conditor iuris». La pronuncia ha costituito il *case law*, sistematicamente richiamato dalla giurisprudenza costituzionale successiva; ma già allora osservava che «sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi».

[21] Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 gennaio 2014, n. 77, Cusan e Fazzo c. Italia, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 57 ss.

[22] I coniugi Cusan Fazzo riaprono i riflettori sul tema: terminati con esito negativo i tre gradi di giudizio previsti dall'ordinamento nazionale ed avvalendosi nelle more, come ripiego, della soluzione amministrativa che oggi consente la modifica del cognome previa autorizzazione del Prefetto con l'aggiunta del cognome materno (art. 2, d.P.R. 2012, n. 54, che ha modificato l'art. 89 del d.P.R. 2000 n. 396), ricorrono alla Corte Edu per la violazione del diritto di attribuzione del cognome, non essendo soddisfatti dall'attribuzione del doppio cognome.

funzionale, non essendo riconosciuta più attuale dalla stessa giurisprudenza nazionale l'idoneità a garantire l'unità del nucleo familiare; la sproporzione tra l'esigenza identificativa e lo strumento normativo utilizzato, che peraltro attua una disparità di trattamento tra i coniugi in assenza di una motivazione oggettiva e ragionevole; la possibilità di realizzare la finalità della disciplina normativa con misure meno invasive e limitative, come ammettendo la possibilità di deroga, in presenza di consenso tra i coniugi. La sopraggiunta possibilità di optare per il doppio cognome con un procedimento amministrativo di modifica non ha rimosso il pregiudizio, in quanto il doppio cognome realizza un differente interesse rispetto al diritto di attribuzione del cognome materno; inoltre opera *ex nunc*, e dunque non elimina il danno fin dalla nascita del figlio[23].

Per la Corte la trasmissione del cognome materno può annoverarsi tra i diritti fondamentali a valenza generale, diritto il cui esercizio è precluso dall'automatismo del sistema di attribuzione italiano e dall'inerzia del legislatore, mentre basterebbe l'estensione degli spazi di autonomia familiare per consentire un auspicabile equilibrio tra esigenze individuali e bisogni comuni. L'interesse statuale a regolamentarne l'uso dunque non è illegittimo in sé, ma nella misura in cui esclude la configurabilità di un diritto strettamente personale di concorrere alla determinazione del cognome da trasmettere al proprio figlio, per di più operando una irragionevole disparità di trattamento tra i genitori. Risulta però imprescindibile l'intervento del legislatore tenuto a conformarsi alla sentenza in adempimento di un obbligo convenzionale, legislatore apparso inizialmente solerte con l'approvazione alla Camera di un Testo unificato informato alla più ampia libertà di scelta per i genitori nell'attribuzione del cognome[24]. Testo però mai approdato nelle aule del Senato.

Diversamente per la modifica del cognome, profilo estraneo al giudizio della Corte: qui l'interesse privato può essere recessivo rispetto ad esigenze di pubblico interesse, che giustifica la necessaria motivazione dell'istanza ed un previo giudizio di meritevolezza da parte dell'Amministrazione[25]. Non è dunque configurabile un diritto soggettivo al cambia-

---

[23] Per un maggiore approfondimento del tema, G. PIGNATARO, *Il cognome materno*, in *Cedu e Ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'Ordinamento interno (2010-2015)*, cit., p. 657 ss.

[24] Il testo si compone di 7 articoli dove (art. 143-*quater*) per i figli nati in costanza di matrimonio la regola è l'accordo dei genitori mentre, in caso di disaccordo, è obbligatorio il doppio cognome secondo l'ordine alfabetico; per i figli nati fuori dal matrimonio vale la stessa regola se il riconoscimento è contestuale, il solo cognome del genitore che effettua il riconoscimento se monogenitoriale, salvo la possibilità di aggiungere il cognome dell'altro genitore che riconosce successivamente, previo consenso del genitore e del figlio di 14 anni (art. 262 c.c. riformulato); per i figli adottati maggiorenni, si conferma la regola che antepone al proprio il cognome dell'adottante e, se ha un doppio cognome, deve decidere quale mantenere; nell'adozione legittimante, infine, si seguono le stesse regole della filiazione nel matrimonio (regola che sostituisce l'art. 27, l. 1983/184). Comune a tutti è la regola che la scelta diventa efficace per tutti i figli e la possibilità di trasmettere un solo cognome a scelta in caso di doppio cognome. Infine, in deroga al principio di immutabilità del nome, al maggiorenne si consente di aggiungere il cognome dell'altro genitore con semplice dichiarazione resa all'ufficiale dello stato civile.

[25] Il giudizio di meritevolezza dell'istanza va differenziato in ragione dell'istanza. In conformità alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, occorre distinguere tra aggiunta e sostituzione del cognome: mentre nella prima ipotesi si introduce un ulteriore elemento identificativo che non ingenera pericolo di confusioni, l'eliminazione di un segno distintivo che produce la seconda esige motivazioni particolarmente pregnanti (Cons. St., 25 gennaio 1999 n. 63, in *Dir. fam.*, 1999, p. 616 ss.). Nell'affrontare la questione la giurisprudenza del Consiglio di Stato, in modo pressoché unanime, si è preoccupata dunque di garantire il contemperamento dell'interesse del singolo con l'interesse pubblico alla certezza dell'identificazione, certezza rafforzata e non certo lesa dall'aggiunta del cognome; il rischio di confusione, certamente rilevante, va adeguatamente motivato con riferimento all'interesse pubblico prevalente rispetto all'esigenza del privato: Cons. St., 6 ottobre 1984

mento del cognome, ma una facoltà, il cui esercizio è subordinato al rilascio di un provvedimento prefettizio discrezionale conformato al delicato equilibrio tra l'esigenza pubblicistica alla tendenziale stabilità ed immutabilità del cognome e il diritto all'identità personale[26].

In effetti era già consolidata nella giurisprudenza della Corte europea la censura di ogni rigido automatismo nella individuazione del cognome familiare per il suo carattere discriminatorio, ma l'inerenza al rapporto orizzontale tra coniugi riflette una connotazione fortemente identitaria. Nelle tre sentenze relative al cognome familiare[27], infatti, si sanziona la circostanza che ai coniugi era stata preclusa la possibilità di valorizzare il cognome della moglie, rispettivamente facendolo precedere al cognome del marito[28], conservandolo dopo

---

n. 750, in *Foro amm.*, 1984, p. 1683; Cons. St., 3 giugno 1997 n. 615, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1746; Cons. St., sez. 4 ottobre 1999 n. 1510, in *Foro it.*, 2000, III, c. 127; Cons. St., 27 aprile 2004 n. 2572, in *Giur. it.*, 2004, p. 2177; Cons. St., 14 settembre 2005 n. 4766, in *Foro amm.*, 2005, p. 2530, relativo all'aggiunta del cognome del nuovo marito con cui il figlio abbia convissuto per molto tempo.

[26] Si legga in merito la Circolare del Ministero dell'Interno, 21 maggio 2012, n. 14 che precisa «La domanda deve chiaramente indicare le variazioni richieste, di sostituzione o di sola modifica (di cui al comma 2 dell'art. 89 che resta invariato) ed il richiedente deve obbligatoriamente esporre le ragioni di tale richiesta, come e stato novellato sulla base della previsione disposta dall'abrogato art. 84. L'indicazione delle ragioni, effettuata dall'istante, assume precipuo rilievo al fine di valutare la meritevolezza della richiesta stessa e l'eventuale conflitto con situazioni giuridiche facenti capo a terzi ovvero ancora per verificare che non vi siano esigenze di pubblico interesse che richiedono di rigettare la domanda, nei termini di seguito indicati. Ciò in quanto l'istante non ha un diritto soggettivo al cambiamento del nome e/o cognome, trattandosi invece sempre di un provvedimento soggetto a discrezionalità amministrativa. Sul punto, attesa la sua delicatezza, e bene evidenziare che il procedimento per il cambiamento del cognome disciplina il delicato equilibrio tra l'esigenza pubblicistica dell'attribuzione dello status e il diritto all'identità personale, di più recente emersione. In particolare, accanto alla funzione pubblicistica del cognome, quale elemento che con tendenziale stabilità nel tempo deve poter rispondere alla funzione di identificazione della persona, quale valenza sociale caratterizzata da tendenziale immutabilità del cognome, fa fronte un'esigenza sempre più avvertita di tutela dell'identità personale, che assolve, come la giurisprudenza costituzionale insegna, alla "*funzione di strumento identificativo della persona, e che, in quanto tale, costituisce parte essenziale ed irrinunciabile della personalità*" (sent. 24/01/1994 n. 13). Pertanto, a bilanciare gli opposti interessi, pubblicistico alla tendenziale stabilità del cognome e privatistico in termini di diritto all'identità personale, è fondamentale il giudizio di ponderazione del Prefetto, accompagnato da una motivazione che dia conto del processo argomentativo alla base di ciascuna decisione, valutati anche gli interessi di eventuali controinteressati».

[27] In ordine cronologico, i limiti imposti dagli ordinamenti nazionali all'autonomia negoziale derogatoria dei coniugi sono censurati in Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 febbraio 1994, *Burghartz c. Svizzera*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 settembre 2005, *Ünal Tekeli c. Turchia;* Corte europea dei diritti dell'uomo,9 novembre 2010, *Losonci Rose e Rose c. Svizzera.*

[28] É il caso dei coniugi Burghartz che lamentano un trattamento differenziato dell'ordinamento svizzero ai danni del marito non giustificabile per ragioni di unità familiare, in quanto il nome di una persona, mezzo di identificazione personale, riguarda anche la sua vita privata. I coniugi Burghartz, cittadini svizzeri ricorrenti, avevano contratto matrimonio nel 1984 in Germania, di cui era cittadina la signora Burghartz; costoro, in applicazione dell'art. 1355 del codice civile tedesco, avevano scelto come cognome familiare quello della moglie mentre il marito aveva esercitato il diritto di anteporvi il proprio: Schnyder Burghartz. In Svizzera alle autorità cantonali che, in applicazione delle regole nazionali, avevano iscritto Schnyder nei registri dello stato civile come cognome di famiglia, era stata richiesta con esito negativo la rettifica del cognome e l'autorizzazione per il marito di anteporre il proprio cognome Schnyder. Poiché il diritto elvetico concede tale possibilità alle mogli che abbiano scelto come cognome familiare quello del marito, opera una discriminazione fondata sul sesso priva di una giustificazione obiettiva e ragionevole, incompatibile con gli artt. 8 e 14 della CEDU. Tale censura ha indotto il legislatore svizzero a conformarsi.

il matrimonio[29] ovvero scegliendolo come cognome familiare[30]. Problema che l'ordinamento giuridico italiano risolve nel rispetto del diritto all'identità personale della donna coniugata che ha facoltà di scegliere se aggiungere al proprio il cognome del marito. In altri termini, il cognome familiare è quello del marito, ma la donna, con il nuovo *status* coniugale, può scegliere se utilizzare o meno il cognome del marito nella vita sociale, pur conservando il proprio per ragioni identitarie.

Disciplina asimmetrica nella prospettiva del marito. Il difetto dell'ipotesi inversa, la possibilità del marito di aggiungere al proprio il cognome della moglie, seppur risulta allo stato priva di interesse[31] implica la stessa rigidità censurata dalla Corte europea[32], resa ancor più palese dalla recente normativa in materia di unioni civili che invece consente alle parti di assumere, per la durata della relazione, un cognome comune liberamente scelto tra i propri, consentendo all'altra di anteporlo o posporlo al proprio[33]. La necessaria opzione negoziale accolta dal legislatore rafforza la convinzione che il negozio familiare *ex* art. 144 c.c. di attribuzione del cognome familiare dovrebbe costituire la fonte primaria in materia, attribuendo alla norma di sistema una funzione meramente suppletiva. L'autonomia negoziale, infatti, assolve la duplice funzione di ovviare al difetto di flessibilità del sistema e di attribuire ai diretti interessati la scelta del cognome familiare, scelta allo stato affrontata nei limiti della volontà di esercitare il proprio diritto di trasmissione del cognome e di voler concorrere alla funzione di identificazione dei discendenti.

È in questa diversa prospettiva che rileva il problema del cognome familiare nella più recente sentenza della Corte europea[34], sentenza pilota in materia, imperniata sulla trasmissione del cognome materno nel rapporto verticale. Oggetto immediato di sanzione è – si ribadisce – l'automatismo, di cui si censura il carattere discriminatorio e di indebita ingerenza nella vita personale e familiare dei cittadini; ma il rilievo della sentenza contro l'assenza di un potere derogatorio in presenza di una comune volontà dei genitori rivela l'incoerenza di un sistema che invece affida uno spazio preponderante al negozio familiare nel corso dell'intero rapporto matrimoniale, compresa la gestione della crisi familiare e lo scioglimento del vincolo matrimoniale. Discutibile appare allora l'esclusione dell'autonomia negoziale

---

[29]Nel caso Ünal Tekeli c. Turchia si contesta la regola statuale che imponeva in esclusiva il patronimico come cognome di famiglia, a fronte della legislazione comune agli Stati contraenti del Consiglio d'Europa che lascia ai coniugi la facoltà di scegliere. La donna chiedeva la possibilità di continuare a utilizzare il proprio cognome Ünal anche dopo il matrimonio, in quanto con tale cognome era conosciuta nella sua vita professionale. Benché il codice civile avesse poi consentito di utilizzare il proprio cognome da nubile anche dopo il matrimonio, lamenta a ragione la discriminazione nei confronti del marito in ordine al cognome di famiglia, la cui normativa era rimasta invariata.

[30] Nel caso Losonci Rose e Rose c. Svizzera i ricorrenti, una cittadina svizzera e un cittadino ungherese, lamentano che, dopo il matrimonio, non hanno potuto mantenere ciascuno il proprio cognome, cosa che sarebbe stata possibile in caso di nazionalità invertite (marito svizzero e moglie straniera). Una disparità di trattamento oggettivamente non motivata e giustificata, lesiva della vita privata e familiare.

[31] Si noti la mancanza di giurisprudenza in materia, che evidenzia una carenza di interesse nei rapporti tra coniugi a differenza della volontà di trasmissione del cognome materno ai figli. Analogamente per l'utilizzo del cognome familiare durante la separazione o dopo il divorzio, improntato alla stessa disciplina asimmetrica che connota la fisiologia del rapporto coniugale.

[32] Così J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, p. 1059 ss.; M. C. DE CICCO, *Cognome della famiglia e uguaglianza tra coniugi*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello, Milano, 2011, p. 1016 ss.

[33]È quel che prevede l'art. 1, co. 10, l. 20 maggio 2016, n. 76.

[34] Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 gennaio 2014, n. 77, Cusan e Fazzo c. Italia, cit.

in materia di cognome familiare, quando la valorizzazione dell'art. 144 c.c. resta il criterio più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, capace di coniugare unità ed uguaglianza, che sono i due principi espressi dall'art. 29 Cost. Principi che nella regola dell'accordo risultano esaltati entrambi e non limitati l'uno in funzione dell'altro, salvo l'opportunità di circoscrivere il potere nel rispetto dell'interesse prevalente alla conservazione dell'identità precedente nelle ipotesi di modifica di *status*[35] e dell'identità di cognome tra figli comuni.

Utili indicazioni possono trarsi anche dalle sentenze della Corte di Giustizia dove il problema è affrontato, ma nella logica della libertà di circolazione delle persone, privilegiando l'esigenza identitaria. Interessante è la successione delle pronunce da cui si evincono principi guida, la cui comune premessa è che, poiché l'identità personale condiziona l'esercizio dei diritti di cui l'individuo è titolare, è indispensabile garantirne la conservazione anche quando circola, con una conseguenziale forzatura sulla esclusiva competenza nazionale in materia di stato civile[36]. Il rispetto della cittadinanza come elemento di collegamento nella disciplina applicabile, invero, precluderebbe l'esercizio della libertà di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri, una delle libertà fondamentali del cittadino europeo e fondanti l'Unione europea.

Una prima importante asserzione è la possibilità, per coloro che abbiano doppia cittadinanza, di portare un cognome composto da elementi diversi da quelli previsti dallo Stato di nascita, se oggetto di iscrizione in registri ufficiali dell'altro Stato membro[37]. Peraltro il riscontro di vasti flussi migratori all'interno dell'Unione implica la coesistenza in ogni Stato membro di diversi sistemi nazionali di attribuzione del cognome, cui l'ordine pubblico deve necessariamente conformarsi. Da ciò si potrebbe arguire che la normativa municipale in

[35] Si pensi al riconoscimento di un figlio minorenne che, dotato di capacità di discernimento, intenda conservare un cognome che è segno distintivo della sua identità. Problema analogo pone l'adozione del minorenne, ma con riferimento al diritto al nome.

[36] La previsione dell'art. 81. par. 3, TFUE, secondo cui il Consiglio delibera all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo, nelle misure in materia di diritto di famiglia con implicazioni transnazionali, conferma infatti la sovranità nazionale. In materia di cognome l'esigenza di assicurare l'uniformità della regolamentazione ha indotto l'adozione, nell'ambito della Commissione internazionale di Stato Civile, della Convenzione di Monaco, 5 settembre 1980, sulla legge applicabile ai cognomi e ai nomi, Convenzione che si applica al posto delle norme di conflitto italiane *ex* art. 2, l. 218/1995. Per la Convenzione i nomi e cognomi di una persona sono determinati in base al criterio della cittadinanza; cui però il nostro ordinamento, con una qualche contraddizione, aggiunge una eccezione: la regola è il collegamento della cittadinanza, a meno che il rapporto di famiglia porti a diversa soluzione (art. 24, co. 1, l. 218/1995). Non sono inoltre sporadici i casi in cui la Corte di Giustizia dispone l'adeguamento della normativa difforme dai principi ed obiettivi dei Trattati in materie di competenza nazionale esclusiva.

[37]La regola si evince da Corte di Giustizia UE, 2 ottobre 2003, n. 148, Carlos Garcia Avello c. Stato belga, in *Giur.it.*, 2004, p. 2009 ss., dove si affronta il problema della possibilità di mutamento del cognome: con riferimento ai figli del ricorrente aventi doppia cittadinanza belga e spagnola. Il sig. Garcia Avello, cittadino spagnolo, e la sig.ra Weber, cittadina belga, si sono sposati e risiedono in Belgio, dove sono nati i due figli che posseggono la doppia cittadinanza. Ad essi l'ufficiale di stato civile belga attribuisce sull'atto di nascita il patronimico del padre, conformandosi al diritto belga. La richiesta dei genitori di cambiamento del cognome in Garcia Weber, così come registrati presso la sezione consolare dell'Ambasciata di Spagna in Belgio secondo il diritto spagnolo, viene rigettata. La Corte di giustizia invece considera rilevante ma non indispensabile il principio di immutabilità del cognome quando non crea confusione, ma anzi rafforza il legame di filiazione come con l'aggiunta del cognome materno. Peraltro la prassi già ammette deroghe all'applicazione del regime belga in materia di trasmissione del cognome, in situazioni affini a quella in cui versano i figli del ricorrente nella causa principale; è infatti pacifico che, per la vastità dei flussi migratori all'interno dell'Unione, coesistono diversi sistemi di attribuzione del cognome all'interno di uno stesso Stato membro.

materia di attribuzione del cognome non può essere imperativa, ma derogabile, e ciò vale a maggior ragione per una norma implicita di sistema come quella italiana.

L'effetto della pronuncia è stato particolarmente incisivo se ha assicurato una tutela immediata con l'obbligo di registrazione in conformità delle istanze presentate all'ufficiale dello stato civile, sanzionato inizialmente dalla giurisprudenza[38] e poi formalizzato nella modifica regolamentare da parte del legislatore[39].

Un passaggio ulteriore si è registrato quando la Corte afferma che la diversità di cognomi crea una serie di inconvenienti nella vita personale e professionale dell'individuo, de-

[38] Tribunale di Roma, decr. 15 ottobre 2004, in *Corr. giur.*, 2005, p. 677 ss,, con nota di E. CALÒ, *Il cognome dei soggetti bipolidi nell'ordinamento comunitario*, che accoglie l'istanza di espunzione della correzione dell'atto di nascita di una minore con doppia cittadinanza, italiana e spagnola, in conformità all'iscrizione nei registri dello stato civile spagnolo con il doppio cognome: con tale correzione l'ufficiale di stato civile italiano, in sede di trascrizione dell'atto di nascita, aveva attribuito il solo cognome paterno; Trib. Bologna, decreto del 9 giugno 2004, in *Fam. dir.*, 2004, p. 441 ss., autorizza la correzione di un atto di nascita di un minore di doppia cittadinanza italiana e spagnola, iscritto nei registri dello stato civile spagnoli con il doppio cognome ma a cui l'ufficiale di stato civile italiano, in sede di trascrizione dell'atto di nascita, aveva attribuito il solo cognome paterno, con palese violazione della libertà di circolazione secondo la costante interpretazione della Corte U.E.

[39] È quel che si riscontra nella Circolare del Ministero dell'Interno, 21 maggio 2012, n. 14, cit., che distingue tra riconoscimento del cognome acquisito nel Paese estero di nascita e ripristino del cognome di origine, modificato in occasione della concessione della cittadinanza: «Relativamente invece alle numerose istanze volte a variare il cognome per vedersi attribuito il doppio cognome paterno e materno, acquisito nel paese estero di nascita, prevalentemente secondo la tradizione ispanica o portoghese, si ricorda innanzitutto che non è più necessario, nella maggior parte dei casi, ricorrere al procedimento di cambiamento di cognome. Infatti, come indicato con la circolare n. 397 del 15.5.2008 e con la circolare n. 4 del 18 febbraio 2010, i soggetti nati all'estero ed in possesso alla nascita di doppia cittadinanza, italiana e del paese straniero di origine, possono rivolgersi direttamente all'ufficiale dello stato civile per la modifica del cognome richiesto, senza necessità di avvalersi della procedura del cambio di cognome». Invece, «Negli altri casi di richiesta di aggiunta del cognome materno, sempre riferiti al ripristino del cognome di origine, ma modificato in sede di concessione della cittadinanza, sarà invece possibile agire per il tramite del procedimento di cambiamento di cognome, senza che al riguardo possano esservi, in linea di massima, preclusioni di sorta, anche alla luce degli orientamenti costituzionali in materia, già sopra evidenziati, e ai principi rinvenibili anche nella decisione ultima della Corte di Giustizia UE (C.353-2008 del 21 ottobre 2008) che ha riaffermato il principio generale dell'intangibilità del cognome originario, con riguardo alla precedente nota decisione C-148/02 del 2 ottobre 2003, in quanto identificativo della persona, statuendo anche che gli ordinamenti interni dei paesi membri devono consentire agli interessati di poter mantenere il cognome di origine secondo le disposizioni interne, in presenza o meno della doppia cittadinanza, a sostegno del valore dell'identità acquisita. Sono infatti numerose le istanze, generalmente definite ad oggi in termini positivi, tendenti al ripristino del doppio cognome, anche richieste a favore del minore, casi che attengono prevalentemente ad uniformare l'identità del soggetto in entrambi i paesi di cui è cittadino, per i quali valgono ovviamente le considerazioni in tema di consenso di entrambi i genitori. In tale ambito rientrano anche le istanze, nel tempo sempre più ricorrenti, presentate da donne provenienti soprattutto dai paesi dell'Europa dell'est, alle quali una volta acquisita la cittadinanza italiana, viene imposto il cognome paterno, da tempo abbandonato per quello del coniuge secondo l'ordinamento del paese di provenienza. Anche in tali casi, spesso l'esigenza è quella di uniformare il cognome del soggetto in entrambi i paesi di cui è cittadino, esigenza di cui va tenuto conto soprattutto quando l'interesse prevalente è quello di tutelare l'identità acquisita e consolidata nel tempo in campo lavorativo, finanziario, sociale. Ovviamente queste considerazioni di attenzione valgono anche per le istanze volte al ripristino del cognome originario sempre modificato con l'assegnazione del cognome paterno in sede di concessione della cittadinanza italiana, secondo l'ordinamento nazionale». L'automatismo della registrazione è confermato, da ultimo, da Trib. per i minorenni Bologna, 6 luglio 2017, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2852 ss. dove, in occasione dell'adozione del figlio biologico del partner di un'unione civile, si sottolinea il rapporto di filiazione unilaterale, ovvero riconosciuto soltanto con il genitore biologico, mentre negli atti dello stato civile in Italia e in Germania, in ragione della doppia cittadinanza, si conserva il cognome di nascita risultante dal provvedimento americano, ovvero la registrazione con il doppio cognome.

rivanti dalla difficoltà di fruire di effetti giuridici di documenti redatti con il cognome attribuito dallo Stato di cui si possiede la cittadinanza, non soltanto se si tratti di bipolide, ma anche quando il cognome sia stato attribuito in ragione della residenza[40]. Si pensi al passaporto, documento con cui spesso si deve provare la propria identità: il suo rilascio spetta unicamente allo Stato di cittadinanza che, applicando inderogabilmente le proprie regole di attribuzione del cognome, creerebbe una divergenza di identità dell'individuo tale da ostacolare la libera circolazione tra Stati membri[41]. Limitazione che non trova razionale giustificazione nell'esigenza di stabilità, preclusa dalla duplice identità nei differenti Paesi, né di unicità allorché le regole di attribuzione del cognome prevedono delle eccezioni[42].

Unico limite all'obbligatoria continuità dell'identità personale, con conseguente legittimo rifiuto di rettifica dell'ufficiale di stato civile compulsato, riguarda l'ipotesi in cui il diverso cognome includa un titolo nobiliare, in quanto la compressione della libertà di circolazione è recessiva rispetto alla prevalente tutela del valore fondamentale espresso dal principio di uguaglianza[43].

La prevalente funzione identitaria del cognome sottesa alle pronunce della Corte di Giustizia consente di configurare l'esistenza di un vero e proprio diritto europeo alla conservazione del cognome, a prescindere dalle regole applicabili secondo la nazionalità, di cui godono i cittadini europei che abbiano esercitato la propria libertà di circolazione. Tale diritto si denota per due tratti qualificanti: il diritto alla continuità trasnazionale dell'identità personale e il diritto alla scelta della legge regolatrice, che sarà quella nazionale se trattasi di bipolide, oppure la legge dello Stato di nascita e di residenza abituale, con cui cioè l'individuo abbia un collegamento significativo.

Profili questi sottesi ad una interessante pronuncia della Corte europea che, a fronte della vana richiesta di cambiamento del cognome nei registri dello stato civile francese, veri-

---

[40] Così Corte di Giustizia UE, 14 ottobre 2008, n. 353, *Grunkin e Paul* c. Germania, in *Riv. dir. internaz.*, 2009, 1, p. 233 ss. nel censurare le diposizioni restrittive tedesche che negavano ad un loro cittadino, residente in un altro Stato membro, di riconoscere al figlio il doppio cognome attribuito secondo le leggi dello Stato di residenza. Al minore, nato in Danimarca da genitori tedeschi, era stata infatti rifiutata l'iscrizione con il doppio cognome nel libretto di famiglia tenuto in Germania. Evidenzia la necessità di declinare con rigore il principio di continuità dell'identità con il criterio della residenza abituale, S. MARINO, *Il diritto all'identità personale e la libera circolazione delle persone nell'Unione europea*, in *Riv. dir. internaz.*, 2016, p. 797 ss.

[41] Nella questione sottoposta alla Corte di giustizia il minore possiede la sola cittadinanza tedesca, per cui il rilascio del passaporto spetta in esclusiva alle autorità tedesche. Il rifiuto di riconoscere il cognome come attribuito e registrato in Danimarca crea una divergenza di identità tra passaporto e documenti ufficiali redatti in Danimarca, con il rischio di aumentare in modo esponenziale i problemi di identificazione una volta che il padre, dopo il divorzio, si è stabilito in Germania. Interessanti sono le considerazioni in merito di C. HONORATI, *Il diritto al nome della moglie e dei figli nell'ordinamento italiano ed europeo. Osservazioni generali*, in C. HONORATI, *Diritto al nome e all'identità personale nel diritto europeo*, Milano, 2010, p. 11 ss.

[42] Obietta infatti la Corte che il collegamento alla cittadinanza rischia di ottenere un risultato opposto a quello voluto di determinazione del cognome in modo continuo e stabile, rilevando un nome diverso ogni volta che il minore attraversa la frontiera tra Germania e Danimarca; inoltre la possibilità di determinare eccezionalmente il cognome secondo la normativa tedesca anche in relazione alla residenza abituale rende ipotizzabili situazioni analoghe anche in Germania.

[43] Corte di Giustizia UE, 22 dicembre 2010, n. 208, Sayn-Wittgenstein c. Austria, in *Giust. civ.*, 2011, 2, p. 269 ss., dove si nega alla signora Sayn-Wittgenstein, austriaca, l'utilizzo del titolo nobiliare (Fürstin von) acquisito con l'adozione da parte di un cittadino tedesco. La rettifica del cognome a seguito di una sentenza della Corte costituzionale austriaca in una situazione simile, in conformità alla legge sull'abolizione della nobiltà, risulta giustificata da ragioni di ordine pubblico e proporzionata all'obiettivo perseguito, pur se costituisce una restrizione alla libertà di circolazione.

fica se le autorità nazionali abbiano operato correttamente il bilanciamento tra gli opposti interessi[44]: da un lato l'interesse del richiedente di portare il suo nome algerino; dall'altro l'interesse pubblico alla stabilità del nome, elemento di sicurezza giuridica e di stabilità dello stato civile. Il richiedente, con doppia cittadinanza algerina da parte di padre e francese da parte di madre, era stato riconosciuto dalla madre, di cui portava il cognome in Francia, e poi abbandonato all'età di tre anni quando il padre lo aveva preso con sé e condotto in Algeria, dove era stato identificato con il nome paterno. Soltanto quando aveva tentato invano di riallacciare i rapporti con la madre aveva appreso di avere una diversa identità nello Stato francese. L'istanza di cambiamento è dunque finalizzata all'unicità della propria identità.

Per la Corte europea le autorità nazionali non hanno chiarito in cosa l'istanza, fondata su motivazioni personali, confliggeva con l'ordine pubblico, ma soprattutto non hanno riconosciuto alcuna importanza all'esigenza di unicità del cognome, ovvero il riconoscimento di un'unica identità, quella costruita in Algeria. Eppure il nome, come elemento di identificazione di una persona nella società, rappresenta l'elemento fondante del diritto al rispetto della vita privata di cui all'art. 8 CEDU, elemento che le autorità nazionali non hanno minimamente considerato nel bilanciamento con l'interesse pubblico. Per tale ragione la Corte all'unanimità sanziona lo Stato francese per violazione dell'art. 8 Cedu.

3.Decisivo ma non rivoluzionario è il più recente intervento della Corte costituzionale[45] che, investita da un'ordinanza dalla Corte d'Appello di Genova[46], pone fine all'automatismo del sistema di attribuzione del cognome paterno con il riconoscimento della derogabilità della norma implicita di sistema con un negozio familiare concordato tra i genitori. In dissenso con il decreto di rigetto del Tribunale rimettente[47], la Corte d'Appello di Geno-

[44] Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 marzo 2014, *Affaire Henry Kismounc. France*,ricorso n. 32265/10, che afferma testualmente: «*En effet, le requérant demandait aux autorités nationales la reconnaissance de son identité construite en Algérie, le nom « Kismoun » étant l'un des éléments majeurs de cette identité. Il souhaitait se voir attribuer un seul nom, celui qu'il a utilisé depuis son enfance, afin de mettre fin aux désagréments résultant de ce que l'état civil français et l'état civil algérien le reconnaissent sous deux identités différentes. La Cour rappelle à cet égard que le nom, en tant qu'élément d'individualisation principal d'une personne au sein de la société, appartient au noyau dur des considérations relatives au droit au respect de la vie privée et familiale*».

[45] Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1 ss.

[46]App. Genova, ord. 26-11-2013, n. 31, in *Foro it. on line*, ripropone la questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli articoli 2, 3 e 29 comma 2, ma anche con l'art. 117 Cost., nella parte in cui non prevede la facoltà per la madre di trasmettere il proprio cognome ai figli nonostante il consenso di entrambi i genitori.

[47] Il Tribunale di Genova aveva rigettato il ricorso, proposto in opposizione al provvedimento dell'Ufficiale dello stato civile, contro il rifiuto di attribuire al minore anche il cognome materno. Il Tribunale di fatto recepiva la vincolatività della norma di sistema che prevede l'attribuzione automatica del cognome paterno al figlio nato in costanza di matrimonio. La motivazione poggia sulla considerazione che il diritto al nome, quale diritto fondamentale della persona, riceve una tutela costituzionale assoluta in quanto elemento costitutivo dell'identità personale. La stretta connessione tra cognome e *status familiae* implica la necessaria attribuzione del cognome secondo il criterio della cittadinanza, mentre un cognome diverso arrecherebbe grave pregiudizio all'identità della persona, identità che non può essere violata allorché trattasi di formazione dell'atto di nascita e non di trascrizione di un atto redatto in altro Stato. Per quanto discutibile, la regola del patronimico è non soltanto vincolante, ma ancora legittima per la Corte cost. 2006. A sostegno della tesi, il Tribunale richiama Cass., 26 maggio 2006 n. 12641, cit., c. 2314 che, in tema di attribuzione del cognome paterno nella filiazione fuori dal matrimonio, in presenza di un tardivo riconoscimento – benché dovuto alla opposizione della madre e alla necessità di adire le vie legali- nega qualsivoglia automaticità, per affermare che l'interesse

va, nell'impossibilità di optare per un'interpretazione costituzionalmente orientata, sollecita la nuova pronuncia della Consulta nel mutato quadro normativo descritto dalla suprema Corte nel 2008[48], idoneo a conferire una differente valenza alla limitazione del *petitum* volto a sanzionare l'automatismo del patronimico nelle sole ipotesi in cui i coniugi abbiano manifestato una concorde diversa volontà[49]. L'elemento di novità è dunque nella differente funzione integrativa del parametro costituzionale, benché ad un livello gerarchico sub-costituzionale, assegnata alle norme convenzionali internazionali – tra cui le norme Cedu – tramite il rinvio mobile oggetto dell'art. 117, comma 1, cost.[50]. Per il resto ribadisce il palese contrasto della norma di sistema con il diritto interno[51] e l'isolamento rispetto all'evoluzione sociale della coscienza europea[52].

---

esclusivo del minore in relazione al diritto alla propria identità personale risulta preminente rispetto alla stessa parificazione della filiazione naturale a quella legittima. In un provvedimento connotato da ampio margine di discrezionalità e frutto di libero e prudente apprezzamento, dunque, per l'organo giurisdizionale rileva non tanto l'interesse dei genitori quanto il modo più conveniente di individuazione del minore, laddove il matronimico sia assurto ad autonomo segno distintivo della sua identità personale.

[48] Fino ad allora, le pronunce giurisprudenziali richiamavano *sic et simpliciter* le motivazioni della Corte cost. 2006: si legga tra le ultime Cass., 14 luglio 2006, n. 16093, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 149 ss.

[49] Era proprio sulla pluralità di opzioni possibili, tali da rendere indispensabile l'intervento legislativo, che si era bloccato ogni tentativo di intervento per via giurisprudenziale: la necessità di stabilire i criteri cui l'ufficiale dello stato civile dovrebbe attenersi in caso di mancato accordo; consentire ai coniugi che abbiano raggiunto un accordo di derogare ad una regola pur sempre valida; limitare il potere dispositivo dei coniugi rendendolo esercitabile una sola volta e con effetto per tutti i figli, ovvero consentire che sia espresso all'atto della nascita di ciascuno di essi. L'eterogeneità delle soluzioni ipotizzabili trova conferma nella diversità dei disegni di legge presentati

[50] Il riferimento è alle già citate sentenze "gemelle" della Corte costituzionale n. 348 e 349, di cui alla nt. 17. L'inquadramento sistematico nella gerarchia delle fonti delle norme internazionali di natura convenzionale viene ulteriormente precisato da Corte cost., 16 luglio 2009, n. 239, in *Riv. dir. internaz.*, 2009, p. 1187 ss., che impone al giudice nazionale di tentare prima una interpretazione conforme alla norma convenzionale e soltanto se impossibile, o il diritto vivente che ne consegue ingeneri dubbi di legittimità, si potrà ricorrere alla Consulta. Tale collocazione gerarchica, pur oggetto di alterne vicende sul piano amministrativo (T.A.R. Lazio, 18 maggio 2010, n. 11984 e Cons. Stato, 2 marzo 2010, n. 1220, favorevoli all'efficacia immediata delle norme Cedu introdotta dall'art. 6 del TUE), è stata ulteriormente confermata da Corte cost., 7 marzo 2011, n. 80, in *Riv. dir. internaz.*., 2011, p. 578 ss., interpretazione recentemente ripresa da Cons. Stato, Adunanza plenaria, 14 luglio 2015, n. 7. Dubbioso, seppur attratto dall'idea dell'efficacia diretta del *decisum* della Corte di Strasburgo nei confronti di tuttigli organi dello Stato (giurisdizionali ed amministrativi) chiamati ad adottare una decisione, G. P. DOLSO, *La questione del cognome familiare tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 738 ss., per il quale però quello che la Corte costituzionale può avere difficoltà a fare, può invece formare più agevolmente oggetto di decisione giudiziaria, nella misura in cui quest'ultima è legata ad una precisa fattispecie, non aspirando a dispiegare effetti generali in una materia in cui le variabili sono molteplici. Sul rango delle norme CEDU – come consacrato nella giurisprudenza della Corte costituzionale, A. DI STASI, Cedu e ordinamento italiano, cit., p. 84 ss.

[51] App. Genova, ord. 26 novembre 2013, n. 31, cit., per la quale la regola del patronimico è contraria al sistema, in quanto contraria: all'art. 2 cost. quale violazione del diritto all'identità personale in rapporto alle origini di ogni persona, rilevando nella società contemporanea i segni di identificazione di entrambi i rami genitoriali; all'art. 3 cost., perché contraria al fondamentale diritto di uguaglianza e pari dignità dei genitori nonché all'art. 29, comma 2, cost., che tale uguaglianza morale e giuridica sancisce anche nel rapporto tra i coniugi, la cui violazione non è più giustificabile in ragione dell'unità familiare; all'art. 117, comma 1, cost., concorrendo gli impegni convenzionali internazionali al parametro di costituzionalità per il controllo della normativa interna, secondo la più recente interpretazione della Corte.

[52]È isolata anche nel panorama normativo europeo, al punto che giudici di merito e la stessa giurisprudenza amministrativa già aveva accolto le richieste concordi dei genitori: così Cons. St., 25 gennaio 1999, n. 63, *cit.*, 1999, 616, che qualifica illegittimo il rifiuto dell'autorità amministrativa di consentire ai genitori, che ne hanno

Eppure il percorso logico seguito dalla Corte costituzionale tralascia ogni riferimento al rinvio mobile oggetto dell'art. 117 cost. per limitarsi a compiere soltanto un passo in avanti nello smantellamento della regola sulla trasmissione del patronimico, la cui la natura imperativa già riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale è qui nuovamente confermata: della regola infatti si censura solo la parte che non consente ai genitori l'attribuzione anche del cognome materno, se ne facciano concorde richiesta al momento della nascita. Nella motivazione, a parte la discutibilità di taluni richiami normativi nel dispositivo[53] ed il legittimo rimprovero al legislatore di non aver innovato il sistema di attribuzione del cognome in occasione della riforma organica della filiazione[54] che pure recepisce i più recenti orientamenti a tutela del cognome divenuto autonomo segno dell'identità personale[55], la Corte non è innovativa nei contenuti, limitandosi a ribadire concetti già acquisiti dalle supreme Corti[56], mentre è palesemente sfuggente sull'efficacia vincolante degli impegni con-

fatto concorde richiesta, l'aggiunta del cognome materno per due ordini di motivazioni: il potere discrezionale della p.a. deve essere esercitato tenendo conto dell'evoluzione della coscienza sociale, del costume e del contesto europeo nel quale il nostro Paese è inserito; l'aggiunta del cognome materno non può ingenerare dubbi od equivoci sullo *status* del figlio in quanto non ha carattere di eccezionalità, specie se con tale cognome sin dalla nascita viene comunemente identificato e conosciuto nel contesto familiare, scolastico e sociale d'appartenenza. Analogamente, con parere 17 marzo 2004 n. 515, in *Dir. e giust on line*, 2004, afferma che è possibile la sostituzione del cognome con attribuzione di quello materno senza compromettere i valori della famiglia e alterare in alcun modo lo *status* di figlio legittimo.

[53] Singolare è che nel dispositivo la Corte richiami l'art. 72, 1° comma, r.d. 9 luglio 1939 n. 1238, norma abrogata dal d.p.r. 3 novembre 2000 n. 396, riferimento storico con un valore meramente interpretativo, che non può più essere oggetto di una pronuncia di accoglimento; analogamente, in materia di adozione, il richiamo all'art. 299, co. 3, c.c. ha carattere meramente residuale riguardando l'adozione del maggiorenne, mentre per i minori opera l'art. 27, co. 1, l. 184/83, cui deve ritenersi applicabile la medesima regola operante per i figli nati nel matrimonio: così G. CASABURI, *Nota a Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 6, il quale ridimensiona la portata storica di una pronuncia che sembra sollevare più problemi di quanti non ne risolva, con una motivazione scarna, sciatta, prevedibile ed in più punti imprecisa. Discutibile è anche il richiamo all'art. 237 c.c. che, nell'attuale formulazione, successiva al d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, sopprime il *nomen* tra i fatti costitutivi del possesso di stato, per la disparità che creava con i figli nati fuori dal vincolo coniugale.

[54] L'infondatezza della questione di legittimità costituzionale della disciplina, più volte riproposta, già alla fine degli anni '80 era stata motivata in ragione della necessità di riservare la modifica della disciplina alla discrezionalità del legislatore, più volte sollecitato a sostituire la disciplina vigente con un criterio più rispettoso dell'autonomia dei coniugi nonché dei valori costituzionali. La Corte pertanto rimprovera il silenzio del legislatore a distanza di anni, nonostante due interventi legislativi in occasione della modifica della disciplina del cambiamento di cognome (d.p.r. 13 marzo 2012, n. 54) e del riconoscimento dell'unicità dello *status* di figlio (d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154), che hanno sfiorato senza affrontare il problema dell'attribuzione originaria del cognome.

[55] Il comma 3 dell'art. 262 c.c. nella nuova formulazione, infatti, recepisce quanto sancito da Cass., 2 ottobre 2015, n. 19734, in *Foro it.*, 2016, I, c. 135 e Cass., 11 settembre 2015, n. 17976, *ivi*, 2016, I, c. 135.

[56] Il palese contrasto con il sistema interno e l'isolamento rispetto all'evoluzione sociale della coscienza europea era già stato rilevato da Corte cost. con sentenza 2006 n. 61; la disarmonia con il sistema di valori costituzionali (art. 3 cost., perché in contrasto con il fondamentale diritto di uguaglianza e pari dignità dei genitori nonché art. 29, comma 2, cost., che tale uguaglianza morale e giuridica sancisce anche nel rapporto tra i coniugi) non più giustificabile in ragione dell'unità familiare, nonché con il diritto del figlio ad un'identità piena (art. 2 cost. quale compressione del diritto all'identità personale rispetto alle origini di ogni persona, rilevando nella società contemporanea il riconoscimento dei segni di identificazione nei confronti di entrambi i rami genitoriali) era già stata sottolineata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con sentenza 2014, n. 77; la limitata incidenza di una sentenza manipolativa di accoglimento che renda la regola derogabile esclusivamente in presenza di una volontà comune dei genitori è già in Cassazione 2008 n. 23934.

venzionali internazionali[57] quando proprio l'isolamento nel panorama normativo europeo avevano indotto, oltre che i giudici di merito, la stessa giurisprudenza amministrativa ad accogliere le richieste concordi dei genitori[58]. Scelta strategica per taluno[59], per non fondare sul diritto sovranazionale una decisione che investe esclusivamente il diritto di famiglia, quando i condizionamenti a livello traversale risultano innegabili nell'attuale pluricentrismo normativo, tradottosi nella tutela multilivello dei diritti.

Centrale nell'argomentazione è l'esigenza di valorizzare in ogni suo aspetto l'identità personale, per la cui tutela la Consulta rafforza la propria funzione garantista di diritti costituzionalmente rilevanti, con una pronuncia di accoglimento anche laddove necessiti l'intervento discrezionale del legislatore. La preclusione della possibilità di attribuire il cognome materno, e dunque della possibilità per il figlio di essere identificato anche con riferimento al ramo materno, pregiudica il diritto all'identità personale del minore oltre a perpetuare una irragionevole disparità di trattamento tra i coniugi, non più giustificabile con la salvaguardia dell'unità familiare. Quanto al primo profilo, la motivazione esalta la funzione identitaria del cognome in quanto indice di legame familiare: concorre a definire l'identità di una persona il diritto al nome, quale punto di emersione dell'appartenenza a un gruppo familiare; a conferma, le sentenze della Consulta volte a riconoscere il diritto al mantenimento dell'originario cognome anche in caso di modificazione dello *status* a seguito di adozione o riconoscimento, in quanto quel cognome rileva come autonomo segno distintivo della sua identità personale[60] o come «tratto essenziale della sua personalità»[61]. Il processo di valorizzazione dell'identità personale culmina nell'ulteriore diritto del figlio a conoscere le proprie origini e la propria storia parentale[62], diritto che la Corte europea dei diritti dell'uomo riconduce all'art. 8 Cedu (diritto al rispetto della vita privata e familiare)[63].

---

[57] Eppure il richiamo all'art. 117, comma 1, cost. nella più recente interpretazione della Corte, che individua negli impegni convenzionali internazionali un parametro di costituzionalità concorrente per il controllo della normativa interna (Corte cost. 2007, nn. 348 e 349), costituisce motivo per la suprema Corte per sollecitare un nuovo intervento della Consulta.

[58] Così Cons. St., 25 gennaio 1999, n. 63, cit., p. 616.

[59] G. CASABURI, *Nota a Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286*, cit., c. 6 ss.

[60] Corte cost., 23 luglio 1996, n. 297, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3600 ss., con riferimento all'ipotesi in cui il primo riconoscimento di uno dei due genitori avvenga in epoca ampiamente successiva all'attribuzione del nome e cognome da parte dell'ufficiale di stato civile: la facoltà del figlio conservare il cognome precedentemente attribuitogli aggiungendolo, anteponendolo o sostituendolo a quello del o dei genitori che lo abbiano successivamente riconosciuto, è oggi regolata dall'art. 262, co. 3, c.c. così come modificato dall'art. 27, co. 1, lett. d), d.lgs., 28 dicembre 2016, n. 154.

[61] Corte cost., 24 giugno 2002, n. 268, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2933 ss. dove, con riferimento all'adozione in casi particolari, la Corte nega l'illegittimità della norma, perché il legislatore sceglie di non eliminare il legame del minore con il proprio passato e dunque con la sua identità personale, dettando una disciplina rispettosa della personalità dell'individuo che mantiene il cognome originario cui aggiunge, anteponendolo, quello dell'adottante. Nella sua discrezionalità, dunque, il legislatore fa una scelta non irragionevole né discriminatoria: l'attribuzione del doppio cognome evidenzia infatti l'avvenuto inserimento del minore nel nuovo nucleo familiare senza la perdita del cognome originario. Nello stesso senso Corte cost., 11 maggio 2001, n. 120, *ivi*, 2002, I, c. 646 ss., che dichiara invece fondata la questione di legittimità dell'art. 299, co. 2, c.c., dove al maggiorenne figlio naturale non riconosciuto si negava la possibilità di conservare il cognome originario, precisando che la lesione dell'identità è ravvisabile nella soppressione del segno distintivo, ma non nella sua collocazione dopo il cognome dell'adottante.

[62] Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Foro it.*, 2014, I, c. 4 ss. che, senza infrangere il diritto all'anonimato della madre biologica, incide in una prospettiva diacronica sulla immobilizzazione delle modalità di esercizio del diritto, sanzionandone l'irreversibilità: se la scelta dell'anonimato legittimamente impedisce in modo irreversibile la "genitorialità giuridica", non è ragionevole che implichi anche una rinuncia irreversibi-

Se la realizzazione dell'identità personale trova nel cognome il primo ed immediato riscontro ed alla sua costruzione concorrono in modo paritario entrambe le figure genitoriali, ne deriva il diritto del figlio ad essere identificato sin dalla nascita con l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori, diritto che invece risulta sacrificato dall'imperatività del patronimico.

Concorrente è il secondo profilo di illegittimità, la violazione del principio di uguaglianza dei coniugi, che non trova giustificazione nella finalità di salvaguardia dell'unità familiare (art. 29, co. 2, cost.), in quanto è proprio l'uguaglianza a garantire l'unità mentre la disuguaglianza la mette in pericolo[64]. La mortificazione del diritto della madre a trasmettere al figlio il proprio cognome costituisce violazione del principio di uguaglianza «morale e giuridica» dei coniugi e, dunque, contraddice quella finalità di garanzia dell'unità familiare sistematicamente indicata come *ratio* giustificatrice di eventuali deroghe alla parità coniugale, come più volte la Corte aveva già stigmatizzato.

La pronuncia, con cui la Corte conferma il suo ruolo di cerniera tra diritto codificato e diritto vivente, si inserisce nel novero di quelle sentenze più invasive, dove la Corte crea la lacuna normativa per l'improcrastinabile esigenza di dare effettività alla tutela del diritto allorché le sollecitazioni del diritto vivente si scontrano con la persistente inerzia del legislatore[65]. L'intento è di contemperare la duplice esigenza di rispettare la discrezionalità legisla-

---

le alla "genitorialità naturale"; la disciplina viene censurata dunque per la sua eccessiva rigidità, nella parte in cui non consente alla madre la revocabilità della scelta una volta effettuata (art. 28, co. 7, l. 4 maggio 1983, n. 184, così come modificata dall'art. 177, co. 2, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), secondo modalità che spetterà al legislatore introdurre.

[63] Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 settembre 2012, ricorso 33783/09, (*Godelli c. Italia*), in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 1597 ss., con nota di C. INGENITO, *Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e il diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, p. 1608 ss. Per la Corte l'ambito di tutela dell'art. 8 comprende il diritto all'identità e allo sviluppo personale, cui contribuisce la scoperta dei dettagli relativi alla propria identità; l'interesse tutelato dalla Convenzione è dunque quello di ottenere le informazioni necessarie per la conoscenza dell'identità dei propri genitori, in quanto aspetto importante dell'identità di un individuo. È vero che la scelta delle misure idonee a garantire il rispetto della norma spetta agli Stati contraenti, ma nella disciplina italiana è assente ogni bilanciamento tra gli interessi concorrenti: la non reversibilità della scelta finisce per privilegiare in via esclusiva l'interesse a mantenere l'anonimato. La pronuncia ribadisce quanto già espresso in Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 febbraio 2003, ricorso 42326/98 (*Odièvre c. Francia*), in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2177, con nota di S. PICCININI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il divieto di ricerca della maternità naturale*: essendo la legislazione francese improntata al principio di reversibilità del segreto, la Corte all'inverso esclude la violazione dell'art. 8 della Convenzione (*Loi n. 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État*, che istituisce un organo, il CNAOP, cui può rivolgersi sia la persona alla ricerca delle proprie origini, sia la madre biologica che intenda revocare la scelta dell'anonimato).

[64] Già Corte Cost., 13 luglio 1970, n. 133, in *Foro it.*, 1970, I, c. 2047, benché ante riforma, affermava «è proprio l'uguaglianza che garantisce quell'unità e, viceversa, è la disuguaglianza a metterla in pericolo», quando le disparità disciplinari tra marito e moglie erano considerate legittime in funzione dell'unità familiare.

[65]Così in Corte Cost. 11 giugno 2014, n. 170, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, I, p. 1018 ss., che ha sanzionato l'automatismo dello scioglimento del matrimonio, o della cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario, in caso di rettificazione del sesso, laddove entrambi i coniugi richiedano di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata. Il rinvio al legislatore per la determinazione delle modalità è stato ottemperato con la recente l. 20 maggio 2016, n. 76 sulla regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze, che all'art. 27 rende automatico il passaggio dal matrimonio all'unione civile tra persone dello stesso sesso, rinviando ai decreti delegati le modalità operative; analogamente in Corte cost.,10 giugno 2014, n. 162, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2324 ss. in materia di procreazione medicalmente assistita eterologa; Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, *loc. cit.*, c. 4, in materia di diritto alle origini, che sanziona la cristallizzazione della scelta della madre per l'anonimato, non avendo ancora introdotto il legisla-

tiva in presenza di una pluralità di soluzioni senza però consentirgli, con la propria inerzia, di impedire la realizzazione di valori costituzionali[66]. La dichiarazione di incostituzionalità infatti, autoapplicativa, ha funzione demolitoria della norma impugnata, ma contestualmente viene indicato il principio cui il legislatore si dovrà attenere e che consentirà al giudice di reperire la regola del caso concreto (c.d. sentenza additiva di principio). Il principio suggerito dalla Corte, non vincolante a dispetto della declaratoria di illegittimità, ha funzione di stimolo per il legislatore; soltanto se un intervento regolativo risultasse indispensabile, la sentenza di accoglimento rischierebbe un effetto "paralizzante". Effetto che qui sarebbe eluso dal ridotto ambito applicativo della pronuncia: poiché il *petitum* è limitato alla sola parte della disposizione che impedisce l'originaria attribuzione del cognome materno anche in presenza di una differente comune volontà dei coniugi, la Corte sancisce l'illegittimità della norma implicita di sistema in conformità al *petitum*, estendendola alle ipotesi di riconoscimento contemporaneo di un figlio naturale (art. 262, co. 1, c.c.) e all'adozione di minore da parte di entrambi i coniugi (art. 299, co. 3, c.c.) nella parte in cui non consentono di attribuire, di comune accordo, il cognome materno. Resta dunque ferma la regola generale del patronimico, in attesa di un indifferibile intervento legislativo, finalmente coerente con il principio di parità.

Il rispetto dell'identità personale e dell'uguaglianza dei coniugi è pertanto affidato al negozio familiare con cui i genitori concordemente individuano il cognome da trasmettere, in deroga alla disciplina vigente: il cognome materno o quello di entrambi[67], il cui rispetto è però affidato al singolo genitore che effettua la dichiarazione all'ufficiale di stato civile per la formazione dell'atto di nascita.

---

tore la possibilità, con la dovuta riservatezza, di interpellare la madre su richiesta del figlio, per consentirle un'eventuale revoca della dichiarazione. Sono tutte sentenze additive di principio, con la duplice funzione di orientare il legislatore nell'intervento volto a rimediare l'omissione dichiarata incostituzionale nonché, contestualmente, di suggerire al giudice soluzioni applicative da utilizzare *medio tempore*, nel rispetto del quadro normativo vigente (Corte cost., 15 marzo 1996, n. 74, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2657 ss.).

[66] In aderenza a questa opzione, Cass., 9 novembre 2016, n 22838, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3784 ss. che riconosce la possibilità, su istanza della figlia, di accedere alle informazioni relative alle generalità della propria madre naturale, che aveva esercitato il diritto a rimanere anonima, anche se non è più possibile procedere alla verifica dell'attualità della scelta di conservare l'anonimato per morte dell'interessata. Il contrasto giurisprudenziale con chi, all'opposto, subordina il diritto di interpello del figlio all'intervento del legislatore è stato risolto da Cass., Sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro it.*, 2017, I, c. 477 ss., che ha enunciato il principio di diritto che consente al figlio, in attesa della disciplina procedimentale legislativa, di far interpellare la madre che ha optato per l'anonimato, per un'eventuale revoca. Le modalità procedimentali possono trarsi dal quadro normativo vigente, idoneo a garantire la massima riservatezza (art. 28, co. 5 e 6, l. 184/1983, che regolano il procedimento in camera di consiglio per la ricerca delle origini del figlio adottato maggiorenne, con modalità tali da non turbare l'equilibrio psico-fisico del richiedente; art. 93, cod. protezione dei dati personali, sulla comunicabilità di informazioni non identificative, con massima riservatezza e segretezza), salvo il limite insuperabile della conferma del diniego a rivelare la propria identità.

[67] Dubbioso per i seri problemi applicativi che sollevano le pronunce di incostituzionalità, anche se opta per la medesima soluzione, G. CASABURI, *Nota a Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286*, cit., c. 6 ss. L'autore ritiene la sentenza ambigua, non avendo chiarito qual è il cognome che, su accordo dei coniugi/genitori, si può imporre al figlio: della madre, invece di quello del padre, ovvero quello della madre in aggiunta a quello del padre. Il richiamo anche nel dispositivo della possibilità di trasmettere «anche» il cognome materno, sembrerebbe ridurre la portata della decisione con profili discriminatori, in quanto significherebbe che il cognome materno potrebbe essere imposto, ma mai da solo (a differenza di quello paterno) e, piuttosto, in aggiunta (anticipato o posticipato) all'altro.

La soluzione giurisprudenziale al problema in via pretoria, seppur di immediata efficacia per rispondere ad un'esigenza ormai emergente nel tessuto sociale, non è certamente risolutiva. Dubbi pone la constatazione che, in mancanza di un limite normativo, nulla impedisce ai genitori di concordare il cognome per ciascun figlio piuttosto che una sola volta e con effetto per tutti i figli della coppia, con seri problemi di certezza richiesta dalla funzione anche pubblicistica del cognome. A meno che non si individui nell'unità familiare di cui all'art. 29, co. 2, cost. un principio di ordine pubblico limitativo dell'autonomia negoziale. A ciò si aggiunga la necessità di stabilire *a priori* un limite al numero di cognomi trasmissibili, perché la loro moltiplicazione non determini problemi amministrativi. Ma è soprattutto il tema del disaccordo a destare perplessità: il perpetuarsi dell'attribuzione automatica del cognome paterno, nonostante l'illegittimità riconosciuta benché non dichiarata, stride con la valorizzazione del profilo identitario del minore inteso in termini di discendenza. In questa prospettiva, infatti, la decisione in merito rientrerebbe a pieno titolo tra le questioni di particolare importanza, legittimando l'applicazione dell'art. 316, co. 2 e 3, c.c. e dunque l'intervento suppletivo del giudice che, se il contrasto persiste, può attribuire il potere di decisione al genitore più idoneo a curare l'interesse del figlio. In definitiva, un'ennesima supplenza giudiziaria all'inqualificabile disinteresse del legislatore.

4. Se è ormai acclarata la rilevanza ed il ruolo dell'identità nella realizzazione della persona e l'esigenza di una tutela efficace quale tratto essenziale della personalità di un individuo, il problema della trasmissione del cognome sposta l'attenzione sul momento costitutivo di tale identità rispetto al legittimo interesse alla sua conservazione una volta acquisita, la cui autonoma rilevanza oggi riceve tutela assoluta.

L'identità personale connota l'individuo nella duplice accezione personale e relazionale: personale, in quanto ne definisce le qualità intrinseche, quei caratteri che lo rendono diverso dagli altri; relazionale, quale esigenza di affermare tali qualità nella vita di relazione per distinguersi da tutti gli altri. Nella prima accezione il diritto è essenzialmente statico; acquista particolare rilievo in prospettiva relazionale quale proiezione sociale della persona, la cui affermazione richiede la disponibilità di strumenti che ne assicurino in concreto l'esercizio nei confronti dei terzi, distinti ed autonomi rispetto alla tutela dei singoli segni distintivi della persona. A dispetto di questi ultimi, infatti, l'identità non si limita all'identificazione fisica dell'individuo, che pur presuppone[68], ma qualifica la persona, ne definisce cioè la personalità tramite qualità ed attributi che lo connotano[69]. Profilo personale e rela-

[68] G. BAVETTA, *Identità (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 955: «L'identità senza i segni distintivi propri della persona non potrebbe concretamente sussistere… Sussiste, dunque, certamente una stretta relazione tra identità e segni distintivi della persona (nome, pseudonimo, ecc.); relazione, determinata, più che altro, da ciò che i segni distintivi mirano a conseguire una precisa individuazione del soggetto e, quindi, contribuiscono all'affermazione della persona e della sua verità individuale». L'identità non può essere confusa con i singoli segni distintivi personali, né con gli stessi complessivamente considerati, avendo questi ultimi una funzione meramente strumentale.

[69] Così F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1957, p. 210, che distingue concettualmente tra contrassegni di identità, identità e personalità: ogni soggetto ha un preciso interesse ad affermarsi, non soltanto come persona, ma come persona con quello *status* e non altro, per distinguersi da ogni altra, perché ha diritto a non essere confusa con altre. Di qui la rilevanza di un complesso di contrassegni che servono a stabilire l'identità di un soggetto come tale, poiché ne dipende la sua personalità in concreto.

zionale sono dunque strettamente connessi e nel cognome individuano il primo e più immediato connettivo giuridico.

Il cognome infatti riveste entrambe le funzioni, identificativa e qualificativa, e nella duplice valenza, personale e relazionale. Identificativa, in quanto esprime il diritto della persona a godere della propria identità e ad utilizzarla nella vita di relazione[70]; qualificativa, quale espressione della discendenza familiare[71] arricchita poi dal proprio patrimonio intellettuale, culturale, ideologico, professionale. La duplicità di funzioni impone di coniugare le contrapposte esigenze di immutabilità dell'identità nella sua dimensione fisica con la necessaria variabilità del concetto di identità personale in relazione alle differenti forme di manifestazione della persona nel corso dell'esistenza.

Le più recenti acquisizioni giurisprudenziali hanno legittimato l'identificazione fisica rispetto ad entrambi i rami genitoriali, ma rinviando allo strumento negoziale. Il problema è dunque conciliare il diritto di trasmissione del cognome, spettante ad entrambi i genitori, con il diritto della personalità del figlio: se le origini familiari contribuiscono alla corretta identificazione del figlio, non dovrebbe esservi alcuno spazio per l'autonomia negoziale vertendosi in materia di diritti della personalità. All'indubbio merito della pronuncia di aver introdotto un elemento di flessibilità rispetto all'imperatività del patronimico, con riallineamento del nostro ordinamento con gli altri ordinamenti europei e gli orientamenti interpretativi della Corte europea, si oppone dunque la perplessità di una soluzione inadeguata rispetto alla complessità degli interessi coinvolti. Lo strumento negoziale infatti realizza tutt'al più l'interesse dei genitori a concorrere nella scelta del cognome da attribuire al figlio nonché l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ma non garantisce l'identificazione del figlio rispetto ad entrambi i rami genitoriali, né l'interesse pubblico all'identificazione sociale dell'individuo. In altri termini, la pluralità di funzioni legate al cognome dovrebbe riflettere il passaggio epocale dal perno della stabilità del rapporto matrimoniale al principio di bi-

---

L'autore aggiunge «Identità e personalità non sono una cosa sola: la personalità è qualcosa di più complesso; di essa l'identità è soltanto uno degli elementi, sebbene il più importante».

[70] Si pensi al noto brocardo latino, *nomen omen*, che evoca la capacità del nome di rivelare l'essenza dell'essere umano. In questa accezione, il diritto al nome quale diritto della personalità concorre a definire l'identità della persona dal punto di vista fisico, che si affianca all'interesse generale di identificazione sociale nei registri dello stato civile: per un approfondimento della tematica, A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, IV, t. 2, Milano, 1961, p. 24 ss.; *contra*, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, p. 50, che qualifica il nome come attributo della personalità, conferito per legge, bene non oggetto di diritto soggettivo, perciò non trasferibile né rinunziabile, ma oggetto di una tutela secondaria, volta alla cessazione di eventuali fatti lesivi altrui.

[71] Il nome identifica le origini di una persona, in quanto designa l'appartenenza del soggetto ad un gruppo familiare e determina l'acquisizione di un dato *status*: M. NUZZO, *Nome (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 306. A conferma, Cass., 15 febbraio 2017, n. 4020, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1237 ss., dove il rigetto dell'istanza di conservazione del cognome nonostante l'azione di disconoscimento della paternità è motivato con la legittimazione esclusiva del minore, in considerazione della natura personalissima del diritto al nome.

genitorialità[72] e richiede un contemperamento di opposti interessi non agevolmente conciliabile con l'autonomia negoziale *tout court*[73].

Si ritiene pertanto più opportuno scindere i due momenti. L'intervento additivo della Corte costituzionale introduce la possibilità di sottrarsi all'automatismo della trasmissione del cognome paterno con la concorde attribuzione del cognome familiare, che può comprendere il cognome di entrambi i genitori o quello materno, ma non la scelta di un nuovo cognome per il collegamento posto dal giudice con entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione dell'identità personale[74]. L'autonoma determinazione dei genitori si limita dunque all'identificazione fisica del figlio, che presenta quei tratti di immodificabilità propri dell'interesse collettivo all'identificazione sociale dell'individuo, salvo la possibilità di successive modifiche in conformità alle disposizioni normative vigenti. Il cognome, così come attribuito, concorrerà con gli altri fattori a delineare l'identità personale quale diritto della personalità con i suoi tratti qualificanti e condizioni di variabilità.

L'effetto della pronuncia, dunque, lungi dal tutelare l'identità del figlio, va individuato essenzialmente nella possibilità per la madre di concorrere nella trasmissione del cognome con l'abolizione dei limiti normativi impliciti che ciò ostacolavano; problema ulteriore è che tale facoltà resta riservata soltanto a quelle coppie che già agiscono nel rispetto dell'uguaglianza morale e giuridica tra loro, a dispetto del riconoscimento paterno successivo nella filiazione fuori dal matrimonio, dove è possibile l'attribuzione del doppio cognome nel rispetto delle istanze identitarie[75]. Anche in questa prospettiva l'intervento del legislatore risulta improcrastinabile.

---

[72] L'evoluzione normativa sulla condizione unica di figlio, che individua i tratti caratteristici nel conseguimento dei vincoli di parentela nei confronti di tutti i parenti dei genitori e nell'esercizio condiviso della responsabilità genitoriale, induce la dottrina ad affermare che l'unità della famiglia non sia più affidata al matrimonio ed alla sua stabilità, ma al principio della bi-genitorialità, ossia al necessario coinvolgimento di entrambi i genitori nei riguardi dei figli, a prescindere dalla stabilità dei loro rapporti: E. AL MUREDEN, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 221 e la dottrina *ivi* richiamata.

[73] Sottolinea F. ASTONE, *Il cognome materno: un passo avanti, non un punto d'arrivo, tra certezze acquisite e modelli da selezionare*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 485 ss., «Si tratta peraltro di posizioni in latente conflitto tra loro e le difficoltà del contemperamento sono evidenti: se l'attribuzione del cognome si ricollega alla costruzione dell'identità sociale del minore, il diritto del figlio si pone in modo potenzialmente antagonista rispetto al diritto dei genitori a determinare di comune accordo il cognome di lui. Peraltro se l'attribuzione del cognome diventa, come accade proprio per effetto della pronuncia in esame, materia di un'autonoma determinazione dei due genitori, sembra difficile non riconoscere un uguale spazio di autonomia al figlio che, una volta maggiorenne, potrebbe anche orientarsi in senso diverso».

[74] Così motiva Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, cit., c. 1 ss.: «La piena ed effettiva realizzazione del diritto all'identità personale, che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro, unitamente al riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione di tale identità personale, impone l'affermazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori. Viceversa, la previsione dell'inderogabile prevalenza del cognome paterno sacrifica il diritto all'identità del minore, negandogli la possibilità di essere identificato, sin dalla nascita, anche con il cognome materno». Di conseguenza nel dispositivo dichiara l'illegittimità costituzionale «della norma desumibile dagli art. 237, 262 e 299 c.c.; 72, 1° comma, r.d. 9 luglio 1939 n. 1238 (ordinamento dello stato civile); e 33 e 34 d.p.r. 3 novembre 2000 n. 396 (regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, 12° comma, l. 15 maggio 1997 n. 127), nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno». Sulla discutibilità di taluni di questi richiami normativi, si è già detto.

[75] Sulla valutazione discrezionale del giudice nell'aggiunta del cognome paterno incide l'interesse e l'età del minore, da cui dipende la formazione di una sua identità sociale: da ultimo, Trib. Roma, 14 giugno 2017, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2265 ss. L'opzione per il doppio cognome non è però costante: Cass., 18 giugno 2015, n.

Diverso è il discorso per la qualificazione del diritto del figlio alla costruzione della propria identità personale: discorrere di diritto soggettivo implicherebbe l'obbligatorietà della trasmissione di entrambi i cognomi, escludendo ai genitori ogni spazio di autonomia[76]. Verità storica ed autonomia negoziale sono concetti antitetici[77], e la prima non può esser affatto condizionata dalla seconda, specie nell'ottica dell'identità personale come bene giuridico fondamentale, considerato il ruolo che la Consulta attribuisce alla discendenza familiare e la possibilità di successiva modifica del cognome con un procedimento di recente semplificato. A ciò si aggiunga l'inadeguatezza di una impostazione influenzata da una visione prospettica parziale, il matrimonio fisiologicamente stabile, mentre non si può escludere il diritto del figlio a costruire la propria identità a prescindere dalle scelte dei genitori, seppur nel rispetto del regolamento dello stato civile[78]. Problema avvertito nelle famiglie ricomposte, dove il cognome unico può essere dissonante rispetto ai vincoli di parentela reale[79].

Ampi spazi di discrezionalità connotano all'inverso l'identità digitale, per sua natura variabile in quanto creata in relazione al rapporto che si costituisce nella realtà virtuale per poi consentire, nella fase dinamica del rapporto, di attuare quell'incrocio più o meno com-

---

12640, in *Foro online*, con le medesime considerazioni delibera la sostituzione del patronimico al cognome materno.

[76] Correttamente rileva un'accezione ampia del concetto di legame, di sangue ma anche affettivo o di accoglienza, M. TRIMARCHI, *Diritto all'identità e cognome della famiglia*, in *www.iuscivile.it*, 2013, p. 36, per il quale ciascuno ha il diritto che tale discendenza sia affermata, riconosciuta e garantita: ogni essere vivente ha diritto non ad un qualsiasi cognome, ma a quel cognome che testimoni il legame con i suoi genitori; viceversa, ciascun genitore ha diritto che il cognome del figlio testimoni tale legame.

[77] Sottolinea l'antinomia tra verità storica ed autonomia negoziale F. ASTONE, *op. loc. cit.*, p.485 ss., per il quale la verità storica è coerente con un sistema che attribuisca necessariamente al figlio il cognome di entrambi i genitori e dunque di attribuzione rigido del cognome, mentre è incoerente con l'autonomia dei genitori e verosimilmente del figlio, una volta diventato maggiorenne.

[78] Sulla maturità di giudizio che restringe il potere di eterodeterminazione e restituisce al figlio il potere di partecipare alle scelte esistenziali che lo riguardano, P. STANZIONE, *Persona minore di età e salute, diritto all'autodeterminazione, responsabilità genitoriale*, in *Comparazione e diritto civile*, 2013, p. 13 ss., concetto poi ripreso in ID., *Famiglia, autonomia, controlli*, *ivi*, p. 4. Sulla funzione del cognome, strumento identificativo della persona più che della discendenza familiare, si è espressa la Corte costituzionale con la successione cronologica di tre sentenze. Nella prima (Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 13 cit.), si coglie l'emersione della funzione identificativa della persona accanto a quella tradizionale identificativa della discendenza familiare; con la seconda e la terza (Corte cost., 23 luglio 1996, n. 297, in *Dir. fam.*, 1998, p. 473, con nota di G. CASSANO, *La Consulta legittima nuovamente il diritto all'identità personale* e Corte cost., 11 maggio 2001, n. 120, in *Foro it.*, 2002, I, c. 646, rispettivamente in materia di filiazione naturale e di adozione) tutela il diritto di conservare il cognome attribuitogli in precedenza, perché diventato ormai elemento identificativo della persona, individuando nel doppio cognome uno strumento idoneo a conciliare due diritti di rilievo costituzionale, senza dover scegliere tra identità personale e stato di filiazione. Successivamente il legislatore, nel recepire tali istanze di tutela, è andato oltre e ha consentito, accanto all'aggiunta del cognome, la sua sostituzione nella filiazione fuori dal matrimonio: art. 292, co. 2 e 3, c.c., così come modificato dal d.lgs., 28 dicembre 2016, n. 154, mentre nell'adozione del maggiorenne la necessaria attribuzione del cognome degli adottanti è conseguenza della costituzione di un legame giuridico in assenza di un rapporto biologico. Sul più ampio riconoscimento della facoltà di modificare il proprio cognome e la necessità di circoscrivere la sfera di discrezionalità della pubblica Amministrazione a puntuali ragioni di pubblico interesse tali da giustificare il sacrificio dell'interesse privato, T.A.R. Lombardia, 13 marzo 2013, in *Guida al dir.*, 2013, p. 83 ss.

[79] Opta per la necessità del doppio cognome, E. AL MUREDEN, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*, cit., p. 222 ss., soprattutto ove il figlio conviva stabilmente con un solo genitore dopo la rottura del matrimonio o la cessazione della convivenza dei genitori. L'autore sottolinea la possibile incoerenza tra il nucleo familiare in cui il figlio vive e quello di cui porta il cognome, laddove questo non esprima il legame con entrambi.

plesso di informazioni che consentono l'identificazione del soggetto, ma in relazione alla specifica operazione o transazione *on line*[80]. L'identità personale invece, presuppone l'identificazione fisica, elemento che per funzione si sottrae ad ogni incondizionato riconoscimento di un potere puramente discrezionale.

Eppure neppure questa affermazione può essere assoluta. Il problema si è posto in sede di successione di leggi nel tempo in occasione della regolamentazione della dichiarazione anagrafica sul cognome nelle unioni civili. La legge prevede il diritto delle parti di assumere, per la durata dell'unione civile, un cognome familiare, scelto tra i cognomi di origine, cognome che può essere anteposto o posposto al proprio, se diverso. In sede di adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile, alla scelta era stata inizialmente attribuito l'effetto di modifica anagrafica del cognome originario, seppur nei limiti temporali della durata dell'unione[81]. Successivamente, la rilettura sistematica della problematica in tema di mutamento del cognome e della parallela disciplina nelle unioni coniugali ha indotto il legislatore delegato ad un'applicazione meno radicale della norma, considerato che dal matrimonio non deriva alcuna modifica anagrafica del cognome della moglie, che pure aggiunge al proprio il cognome del marito[82], con conseguente annullamento delle modifiche anagrafiche eventualmente effettuate.

In questi termini è indubbio che tale rettifica leda il diritto all'identità personale. La questione, oggetto di un provvedimento di urgenza dinanzi al giudice di merito[83], riceve tutela non soltanto in via cautelare, ma anche nel successivo giudizio di merito, sia nei confronti della madre che della figlia minorenne che aveva assunto il cognome materno. Se è vero che il legislatore sottrae all'autonomia privata il potere di disposizione del nome, per la sua funzione di identificazione sociale[84], la modifica anche anagrafica del cognome qui è effetto di una disposizione legislativa attributiva di tale facoltà, presupposto della successiva trasmissione alla figlia. Ne consegue che l'esclusione della configurabilità di un nuovo diritto al nome nella legge sulle unioni civili non può avere efficacia retroattiva senza ledere il diritto al nome e all'identità personale di chi tale nome abbia legalmente ed anagraficamente acquisito ed utilizzato[85]. Il diritto alla conservazione del diverso cognome legittimamente

[80] Il riferimento è all'insieme dei dati che servono ad identificare un soggetto, quali *username*, *password* e talvolta *smart card*.

[81] L'art. 4 del DPCM 23 luglio 2016, n. 144 prevedeva che, a seguito della dichiarazione di scelta del cognome, i competenti uffici dovevano procedere all'annotazione dell'atto di nascita e all'aggiornamento della scheda anagrafica.

[82] In questa ottica il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5, in *G. U., 27 gennaio 2017, n. 22*, all'art. 3 modifica il d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223 inserendo all'art. 20, che disciplina lo schedario anagrafico, il comma 3 *bis* per il quale «Per le parti dell'unione civile le schede devono essere intestate al cognome posseduto prima dell'unione civile»; di conseguenza all'art. 8 detta disposizioni di coordinamento con il DPCM 23 luglio 2016, n. 144, disponendo l'annullamento dell'eventuale annotazione conseguente alla scelta del cognome con procedura di correzione di cui all'art. 98, co. 1, dell'ordinamento dello stato civile.

[83] Trib. Lecco, 4 aprile 2017, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1763 ss.

[84] Così Trib. Lecco cit.: «L'art. 6 del nostro codice civile sancisce che "ogni persona ha diritto al nome che le è per legge attribuito", facendo riferimento esplicito alla necessaria coesistenza di due differenti ordini di interessi, cui ricondurre la funzione del nome: 1) l'esigenza pubblica di distinguere ed individuare i cittadini al fine di garantire l'adeguato svolgimento della vita sociale e giuridica; 2) la garanzia di protezione e tutela della personalità, il nome adempiendo, pertanto, alla funzione di tutelare il diritto alla proiezione sociale della persona».

[85] Il giudice esclude il mancato consolidamento di situazioni giuridiche in un arco temporale limitato obiettando che «La piccola M.R.B., sin da quando è nata (... 2016) ha assunto il doppio cognome proprio in applicazione delle norme di legge vigenti all'epoca della sua nascita e per mesi ha portato quel cognome, che è sta-

acquisito determina una modifica negoziale del cognome autonoma rispetto alla modifica di *status*. Eventualità che si ripropone in prospettiva europea.

5.Il processo di armonizzazione nell'attribuzione del cognome familiare secondo le due direttrici di trasmissione del patrimonio identitario e di rispetto della parità di genere, sollecitato dalla giurisprudenza sovranazionale, ha ribaltato il precedente modello europeo di trasmissione del solo patronimico con un modello negoziale, cui si affianca un modello legale che prevede invece la trasmissione bilaterale dei cognomi con disciplina di quello da tramandare. Il modello negoziale predilige il concetto di attribuzione del cognome: i genitori individuano un cognome unico, scelto con un meccanismo di opzione tra cognome paterno e materno o un cognome familiare; i meccanismi di trasmissione bilaterale del cognome, invece, soddisfano l'interesse identitario di entrambi i genitori, con il rischio di riviviscenza della trasmissione patrilineare laddove il cognome materno è collocato in posizione secondaria ed è dunque destinato a scomparire con la seconda generazione.

A differenza del modello legale di trasmissione bilaterale del cognome, che accomuna Spagna[86] e Portogallo[87], e limita lo spazio di autonomia negoziale all'ordine di successione dei cognomi, il modello negoziale che accomuna Germania[88], Olanda[89], Inghilterra[90] e

---

to utilizzato in tutti i documenti che le si riferiscono ed in tutte le pratiche amministrative e sanitarie. D'altra parte L.B.R. ha fatto affidamento nella modifica anagrafica del proprio cognome per spenderlo nella sua attività professionale, acquisendo un nuovo codice fiscale ed appunto trasmettendo il proprio cognome alla figlia. La modifica anagrafica del detto cognome determinerebbe necessariamente la modifica del cognome della figlia».

[86] La disciplina vigente (art. 199 *codigo civil* e artt. 54-55, Ley de junio de 1957, *sobre el Registro Civil*, così come modificato dalla Ley 5 noviembre 1999, n. 40) prevede l'attribuzione di entrambi i cognomi; ai genitori spetta soltanto concordarne l'ordine, da cui dipende la trasmissione, che riguarda soltanto il primo cognome. La scelta, una volta effettuata, si applica a tutti i figli nati dallo stesso vincolo. In caso di disaccordo o di omessa opzione, la regola generale attribuisce la precedenza al cognome paterno su quello materno, salvo il diritto del figlio di modificare l'ordine dei cognomi al raggiungimento della maggiore età: M. A. LINACERO DE LA FUENTE, *Comentario a la Ley 40/1999, de 5 noviembre sobre nombre y apellidos y orden de los mismos*, in *Revista General de legislaciòn y Jurisprudencia*, 2000, p. 321 ss.

[87] Il modello del doppio cognome è analogo a quello spagnolo. La previsione della necessaria precedenza del cognome materno non incide sul modello legale di trasmissione, che privilegia il secondo cognome, e dunque quello paterno.

[88]La legge 16 dicembre 1993 (che recepisce la pronuncia del *BundesVerfassungsGericht* 5 marzo 1991che aveva dichiarato l'incostituzionalità del § 1355 BGB nella parte in cui imponeva la trasmissione del patronimico in mancanza di accordo) impone ai coniugi di concordare il nome familiare e di sceglierlo tra il cognome di nascita del marito o della moglie da comunicare all'ufficiale dello stato civile al momento della celebrazione del matrimonio. In caso di disaccordo o se al momento del matrimonio non è indicato alcun nome familiare, il potere di scelta è attribuito dal giudice ad uno dei coniugi al momento della nascita di un figlio. Una volta compiuta la scelta, non è revocabile e si impone a tutti i figli comuni. Per una più ampia analisi, I. MASSARI, *Il cognome di famiglia nella nuova legge tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 573 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, *Attribuzione e trasmissione del cognome. Profili comparatistici*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, vol. IV, Torino, 2011, p. 262 ss.; C. BASSU, *Nel nome della madre. Il diritto alla trasmissione del cognome materno come espressione del principio di uguaglianza. Un'analisi comparata*, in *Dir. pubb. comp ed europeo*, 2016, p. 552 ss.

[89] L'art. 5, libro I, codice civile, riformato con l. 19 novembre 1997 che disciplina nel dettaglio le modalità di trasmissione del cognome, attribuisce ai genitori l'opzione tra cognome paterno o materno, da esprimere al momento della celebrazione del matrimonio o costituzione della *partnership*. Sul modello olandese, I. SUMNER, H. WARENDORF, *Family Law Legislation of the Netherlands*, Anwerp-Oxford-New York, 2003, pp. 4 ss.

[90] Anche qui vige la regola dell'attribuzione di un solo cognome, scelto discrezionalmente fra quelli materno o paterno ma eventualmente, benché l'ipotesi sia rara, anche un cognome diverso o inventato, purché non of-

Francia[91] introduce libertà di scelta del cognome familiare. Allorché quest'ultimo acquista funzione identitaria non soltanto del nucleo familiare, ma di tutti i suoi componenti, si pone il problema della possibilità di utilizzo anche in un nuovo matrimonio, pur se diverso da quello di origine.

Il problema, affrontato in Germania, segnala il superamento del collegamento tra cognome e vincolo familiare in termini di discendenza, onde non qualificare il cognome acquisito come un cognome di rango inferiore rispetto a quello originario. Determinante è il fattore identitario: a dispetto dell'interpretazione prevalente che consentiva la conservazione del cognome familiare anche dopo lo scioglimento del vincolo ma fino al passaggio a nuove nozze, la Corte costituzionale federale tedesca ha sanzionato il contrasto di tale interpretazione con l'art. 2, co. 1 in combinato disposto con l'art. 1 della Legge fondamentale che tutela il nome come espressione dell'identità e dignità della persona, in cui va annoverato anche il cognome familiare[92]. Ne consegue la possibile ultrattività del cognome familiare rispetto al rapporto coniugale, in quanto espressione di un diritto della personalità prevalente rispetto all'interesse contrario: se il cognome di famiglia connota l'identità dell'individuo, ed in particolare della moglie, ogni intervento limitativo e preclusivo si tra-

---

fensivo o contrario ai principi dell'ordinamento. Nei Paesi anglosassoni il problema della scelta del cognome è affrontato dunque con particolare elasticità, riconoscendosi ampia libertà ai genitori di modificare il cognome del bambino o attribuire al figlio il cognome del nuovo compagno in caso di genitore divorziato che si risposi, se c'è il consenso dell'altro genitore: *Registration of Birth and Death Regulation*, 1987. A maggior ragione ciascun individuo può modificare il proprio cognome una volta raggiunta la maggiore età, purché non si rechi pregiudizio a terzi.

[91] Il modello francese inizialmente, nel tentativo di introdurre un sistema più flessibile, con l. 23 dicembre 1985, n, 1372 aveva previsto la facoltà di aggiungere al patronimico il cognome materno, ma esclusivamente *à titre d'usage*, senza alcuna rilevanza sul piano legale. Con successive modifiche (l. 4 marzo 2002, n. 304, l. 18 giugno 2003, n. 516, ordinanza 4 luglio 2005, n. 759 e l. 16 gennaio 2009, n. 61), si è lasciato ampio spazio all'autonomia negoziale dei coniugi, liberi di scegliere se attribuire il cognome paterno, materno o di entrambi, posti nell'ordine da loro scelto, ma nel limite di un solo cognome per ciascuno. In caso di disaccordo, vige la regola dell'accertamento della filiazione: il cognome del primo genitore se disgiunto, di entrambi se simultaneo. La scelta, una volta effettuata con il primo figlio, si estende obbligatoriamente a tutti i figli comuni. Se il riconoscimento è tardivo, durante la minore età del figlio i genitori possono chiedere, ma congiuntamente, all'ufficiale di stato civile di sostituire o aggiungere l'altro cognome, sempre nell'ordine da loro stabilito e nel limite di un solo cognome. Se però il minore ha compiuto 13 anni, è sempre necessario il suo consenso per il cambiamento del cognome, salvo un mutamento di stato (per es. per azione di contestazione di stato) dove il tentativo giurisprudenziale di mitigare la norma nel rispetto del diritto all'identità personale (C. Paris, 12 janvier 2006, in *Rev. trim. droit civil*, 2006, p. 277, Cass. civ., 17 mars 2010, in *BICC,* n. 726, 15 julliet 2010), escludendo che il cambiamento del cognome sia una conseguenza automatica del cambiamento di stato, non ha inciso sull'automatismo nel cambiamento del cognome. Se il figlio è nato all'estero e non può esercitarsi la facoltà di scelta, questa è esercitabile al momento della trascrizione dell'atto, ma entro tre anni dalla nascita del figlio.

[92]BVerfG, 18 febbraio 2004, 1 BvR 193/97, in *FamRZ*, 2004, p. 515 ss. Per la Corte l'interesse del coniuge divorziato e dei suoi discendenti contrario a che il loro cognome diventi comune ad una nuova coppia in virtù del rapporto tra cognome familiare e vincolo di discendenza, va valutato in base al principio costituzionale di proporzionalità: tale interesse, pur comprensibile, non è proporzionato rispetto all'indebita aggressione al diritto della personalità. A ciò aggiunge la considerazione che in tale eventualità si determina un'ulteriore disparità di trattamento rispetto al coniuge che ha rinunziato al proprio cognome di nascita: a dispetto dell'altro che ha conservato il proprio cognome di origine in prime nozze e può continuare a conservarlo anche in un matrimonio successivo, il primo non soltanto ha rinunziato al proprio nome, ma sarebbe tenuto a perdere quello acquisito in caso di nuove nozze. Analogamente, sul diritto dell'individuo a mantenere un nome diventato parte della sua identità personale, anche BVerfG, 11 aprile 2001, 1 BvR 1646/97, in *Das Standesamt*, 2001, p. 207.

duce in illegittima violazione di un diritto della personalità. Di qui la modifica normativa, che inserisce espressamente tra le alternative del cognome familiare, oggetto di dichiarazione all'ufficiale di stato civile, oltre al cognome di nascita di ciascuno, il cognome portato da uno di essi al momento della dichiarazione di scelta[93]. Nello stesso senso si è pronunciata la giurisprudenza francese che ha riconosciuto il diritto della donna a conservare il cognome dell'ex marito, utilizzato costantemente nella sua vita di relazione[94].

Ma qui la modifica di identità è connessa ad un mutamento di *status*, essendo effetto della costituzione di un vincolo coniugale. In mancanza di mutamento di *status*, infatti, il principio di tendenziale immutabilità e stabilità del cognome attribuisce all'Amministrazione statale un potere discrezionale nel valutare la possibilità di modifica, che pertanto non assume i caratteri del diritto soggettivo e deve essere sorretta da una motivazione congruente, almeno nella gran parte degli ordinamenti europei.

Diversamente in Inghilterra dove è consentito modificare il proprio cognome indipendentemente dal cambiamento dello *status* personale secondo le disposizioni del diritto di famiglia. Il problema è se anche questa libera scelta obblighi gli Stati membri alla modifica dei registri di stato civile in ragione della libertà di circolazione in Unione europea. Interessante è una recente sentenza della Corte europea che tale problema affronta nei confronti di un padre, cittadino tedesco, che chiede in Germania di essere registrato con i nomi e il cognome acquisiti secondo la legislazione britannica[95]. A dispetto dei casi Garcia Avello e Grunkin Paul, la divergenza di identità non risale alla nascita, ma è sopraggiunta: il diverso cognome è acquisito nel corso di un soggiorno abituale nell'altro Stato membro di cui possiede anche la cittadinanza, non è connesso ad un mutamento di *status* ai sensi del diritto di famiglia, è liberamente scelto e contiene vari predicati nobiliari.

Dato acquisito, secondo quanto detto in precedenza, è la competenza nazionale esclusiva nella regolamentazione della trascrizione degli elementi costitutivi dell'identità del proprio cittadino (ovvero nome e cognome) negli atti dello stato civile, ma che va esercitata compatibilmente con la libertà di ciascun cittadino europeo di circolare e soggiornare nel territorio degli Stati membri; è inammissibile pertanto una disciplina che danneggi chi tale libertà abbia inteso esercitare[96]. Altro dato acquisito per costante giurisprudenza è l'efficacia

---

[93] § 1355, co. 2, BGB, come novellato con l. 6 febbraio 2005, entrata in vigore il 12 febbraio 2005, che modifica le regole sulla determinazione del cognome nel matrimonio e nella convivenza registrata.

[94] Cour d'Appel Paris, 2 marzo 1989, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1989, p. 112.

[95] Corte di Giustizia UE, 2 giugno 2016, n. 438, *Bogendorff von Wolffersdorff* c. Germania, in *Riv. dir, internaz.*, 2016, 3, p. 929 ss. dove un padre, accolta l'istanza di modifica del cognome della figlia e dunque l'uniformazione del cognome nei registri dello stato civile tedesco e presso l'amministrazione britannica, richiede per sé un analogo riconoscimento.

[96] La Corte di Giustizia UE afferma testualmente «Una normativa nazionale che sfavorisca taluni cittadini nazionali per il solo fatto che essi abbiano esercitato la loro libertà di circolare e di soggiornare in un altro Stato membro rappresenta una restrizione alle libertà riconosciute dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE ad ogni cittadino dell'Unione (v., in particolare, sentenze del 14 ottobre 2008, *Grunkin e Paul*, C-353/06, EU:C:2008:559, punto 21; del 22 dicembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, EU:C:2010:806, punto 53, e del 12 maggio 2011, *Runevic-Vardyn* e *Wardyn*, C-391/09, EU:C:2011:291, punto 68). Dalla giurisprudenza della Corte risulta che il diniego, da parte dell'amministrazione di uno Stato membro, di riconoscere il nome di un cittadino di tale Stato che abbia esercitato il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio di un altro Stato membro, così come determinato in quest'ultimo Stato membro, è idoneo ad ostacolare l'esercizio del diritto, sancito all'articolo 21 TFUE, di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Infatti, da una diversità tra i due nomi applicati ad una stessa persona possono nascere confusioni ed inconvenienti

ostativa su tale libertà del rifiuto di riconoscere il cambiamento dell'identità ottenuto in altro Stato membro, giacché comporta seri inconvenienti sul piano privato, professionale ed amministrativo. Indiscutibile è che la diversa identità risultante da documenti ufficiali ha potenzialmente importanti ricadute sulla vita quotidiana dell'individuo[97], per cui il diniego è legittimo soltanto se fondato su motivazioni oggettive e proporzionate all'obiettivo perseguito dalla normativa municipale.

Dall'analisi delle motivazioni addotte dai giudici tedeschi per escludere la possibilità di cambiamento del nome per atto volontario (il principio di immutabilità e continuità del nome, il cui cambiamento è stato oggetto di una scelta deliberata, indipendente dal mutamento di *status* personale; la lunghezza e complessità del nome scelto; i motivi della scelta costituzionale tedesca di abolizione dei titoli nobiliari) confutate dalle considerazioni espresse dalla Corte di Giustizia, si coglie il carattere recessivo del principio di immutabilità e continuità del nome che, pur legittimo, non può prevalere nel bilanciamento con il riconoscimento dell'identità registrata in altro Stato membro. Sostiene infatti la Corte che il carattere volontario del cambiamento, per motivi di convenienza personale, non costituisce in sé lesione di un interesse generale tale da legittimare la restrizione di libertà europee, peraltro in un ordinamento che consente la registrazione del nome acquisito in altro Stato membro, purché durante un soggiorno abituale[98] e se non sussistano incompatibilità con i principi essenziali del diritto interno[99]; che si possono ipotizzare ragioni concrete che inducano l'interessato al cambiamento del nome, oggetto di doverosa valutazione[100]; mai esigenze di praticità amministrativa legate alla lunghezza del nome possono legittimare restrizioni alla libertà di circolazione. La pronuncia dunque dischiude ulteriori spazi di libertà, che estendono l'ambito di operatività dell'autonomia privata al diritto delle persone, con ipotetici effetti rivoluzionari sull'assetto culturale degli Stati membri, circoscritti soltanto e nella misura in cui restano affermazioni di principio.

Unica ragione fondata, ed in sé sufficiente a motivare il rigetto dell'istanza, infatti è la presenza di titoli nobiliari nel nome scelto: riconoscere un nome liberamente scelto, composto da titoli nobiliari ed acquisito in altro Stato membro non a seguito di mutamento di *status* personale ai sensi della normativa sul diritto di famiglia, implica creazione di un nuo-

---

(v., in tal senso, sentenza del 22 dicembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, EU:C:2010:806, punti 39, 41, 42, 66 e 71)».

97 Il ricorrente lamenta inconvenienti in occasione della registrazione in Germania di una filiale della società a responsabilità limitata da lui costituita nel Regno Unito, avendo dovuto provare la propria identità con documenti tedeschi dove figurava un nome diverso da quello indicato nei documenti provenienti dal Regno Unito; analogamente in occasione dell'apertura di un conto corrente bancario per la società o a seguito di semplici controlli stradali quando aveva dovuto presentare la propria patente britannica con dati diversi dalla carta d'identità tedesca. Ma ancor più trasversale e frequente è la difficoltà di provare la natura dei vincoli familiari esistenti tra i membri della stessa, come con la figlia minorenne nei cui due passaporti, tedesco e britannico, risulta un cognome differente da quello del padre.

98 Tale è un soggiorno di una certa durata che abbia portato ad una certa integrazione sociale.

99 L'intento è di evitare il *forum shopping*, ovvero che cittadini tedeschi, per eludere il diritto nazionale in materia di stato delle persone, possano effettuare brevi soggiorni in Stati con una normativa più favorevole per acquisire il nome che desiderano. Ogni Stato membro ha infatti il diritto di adottare misure volte ad impedire ai cittadini di sottrarsi abusivamente alla vigenza delle leggi nazionali, con un uso strumentale o fraudolento delle possibilità offerte dal Trattato.

100 Per la Corte di Giustizia il diniego di riconoscere il nome britannico del ricorrente nel procedimento principale non può essere giustificato dal semplice fatto che il cambiamento di nome è avvenuto di sua iniziativa, senza tener conto dei motivi di tale cambiamento.

vo titolo nobiliare in contrasto con l'ordine pubblico tedesco e la scelta costituzionale di abolire privilegi e disuguaglianze basate sul ceto[101]. Con un unico limite, che reintroduce la connotazione casistica degli interventi degli organi istituzionali europei: la nozione di ordine pubblico, idonea a giustificare una deroga a libertà fondamentali, va intesa in senso restrittivo e non può esser determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione europea. Nella specie, l'interesse fondamentale della collettività oggetto di grave minaccia è individuato nel generale principio di uguaglianza giuridica tra i cittadini, obiettivo legittimo secondo il diritto dell'Unione. Ma la sua rilevanza è subordinata anche all'ulteriore riscontro di proporzionalità rispetto all'obiettivo conseguito. In altri termini, misure restrittive di una libertà fondamentale per motivi di ordine pubblico sono legittime soltanto se la finalità non può essere conseguita con misure meno invasive.

A tal fine non è indispensabile l'uniformità tra gli Stati membri del regime di tutela adottato[102], purché si rispetti la coerenza interna. In uno Stato che consente la conservazione ma non la creazione di nuovi titoli nobiliari, il giudizio di proporzionalità richiede il bilanciamento di elementi di diritto e di fatto parametrati al comportamento del ricorrente, che soltanto il giudice nazionale è in grado di valutare[103], legittimandosi il rifiuto del riconoscimento soltanto se sia accertata la sua necessaria funzione strumentale alla tutela del principio di uguaglianza[104].

Una vicenda questa che attesta l'ampio spazio di discrezionalità che investe anche un elemento di identificazione come il cognome, se il carattere volontario del cambiamento, per motivi di convenienza personale, a livello europeo non è considerato in sé lesione di un interesse generale tale da legittimare la restrizione di libertà europee, affermazione la cui fondatezza è indipendente dal rigetto conclusivo dell'istanza e prescinde da quelli che saranno gli effetti della *Brexit*.

6. Il panorama giurisprudenziale nazionale ed europeo si innesta nella progressiva espansione degli spazi di autoregolamentazione nelle relazioni familiari, espressione della

[101] A differenza del diritto austriaco, il diritto tedesco consente l'utilizzo e la trasmissione dei titoli nobiliari effettivamente portati al momento dell'entrata in vigore della Costituzione di Weimar, che possono esser considerati come parte integrante del nome, ma non la creazione di nuovi titoli nobiliari. Pertanto, nonostante l'abolizione della nobiltà, il nome dei cittadini tedeschi può contenere elementi corrispondenti a vecchi titoli nobiliari.

[102] Il riferimento è a Corte di Giustizia UE, 22 dicembre 2010, n. 208, *Sayn-Wittgenstein* c. Austria, cit., dove la Corte non ritiene sproporzionata la scelta dello Stato austriaco di tutelare il principio di uguaglianza vietando ai propri cittadini l'acquisto, possesso ed utilizzo di titoli o elementi nobiliari capaci di creare apparenza di nobiltà.

[103] Il ricorrente infatti possiede la doppia cittadinanza, gli elementi del nome acquisito in Gran Bretagna non costituiscono formalmente titoli nobiliari né in Germania, né nel Regno Unito e il giudice tedesco, che ha obbligato le autorità competenti alla trascrizione del nome della figlia del ricorrente pur composto da elementi nobiliari, non ha ritenuto in quella sede che la trascrizione fosse contraria all'ordine pubblico: così Corte di Giustizia UE, 2 giugno 2016, n. 438, *Bogendorff von Wolffersdorff* c. Germania, cit.

[104] Per la Corte di Giustizia ult. cit. «l'articolo 21 TFUE dev'essere interpretato nel senso che l'amministrazione di uno Stato membro non è tenuta a riconoscere il nome di un cittadino di tale Stato membro qualora questi possieda parimenti la cittadinanza di un altro Stato membro nel quale abbia acquisito tale nome da lui liberamente scelto e contenente vari elementi nobiliari, non ammessi dal diritto del primo Stato membro, laddove sia accertato, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, che un siffatto diniego di riconoscimento risulta giustificato, in tale contesto, da motivi connessi all'ordine pubblico, essendo opportuno e necessario per garantire il rispetto del principio di uguaglianza giuridica di tutti i cittadini di detto Stato membro».

concezione costituzionale della famiglia e strumento privilegiato nelle scelte di carattere esistenziale. Eppure nel rapporto tra coniugi l'accordo sul nome, quale negozio familiare personalissimo, formale e legittimo secondo la dogmatica tradizionale[105], presenta una connotazione fortemente identitaria ma asimmetrica, in quanto unidirezionale nella possibilità di aggiungere il cognome del coniuge, a dispetto delle unioni civili dove la parità delle posizioni è conseguenza dell'identità di genere. La forzatura giurisprudenziale nel rapporto verticale con i figli, con la sentenza additiva di principio, è senz'altro garante dell'effettività di tutela delle incalzanti sollecitazioni del diritto vivente: l'attribuzione negoziale del cognome al figlio rispetta l'identità personale e l'uguaglianza dei coniugi nell'esercizio della responsabilità genitoriale; necessita però di un requisito ulteriore, la tipicità del negozio, i cui estremi, se non desumibili dal sistema, rendono improcrastinabile l'intervento legislativo in una materia sensibile e delicata che investe diritti fondamentali. Peraltro, se è innegabile che, superati i profili di asimmetricità che connotavano le relazioni coniugali, l'unica regola rispettosa della parità resta l'accordo, non sempre è garantito né tutelato dalla giurisprudenza. Si consideri come, a dispetto delle enunciazioni di principio oggetto dell'art. 144 c.c., la valenza programmatica più che precettiva di tali accordi si evince dalla scelta giurisprudenziale di confinarli nella sfera di intimità domestica, per lo più privi di rilevanza giuridica esterna in mancanza di procura espressa o tacita, con conseguente non sanzionabilità di un loro eventuale inadempimento. A meno che, con soluzione interpretativa di sistema, il disaccordo, estensibile all'eventuale inadempimento, legittimi il ricorso informale al giudice *ex* art. 316, co. 2 e 3, c.c. in quanto questione di particolare importanza, ragionevolmente funzionale al preminente interesse del figlio. In quest'ottica va inteso anche il limite, desumibile dalla sentenza della Consulta, che vincola al criterio della discendenza familiare l'autonomia dei genitori nella scelta del cognome da attribuire al figlio, effetto del passaggio epocale da un sistema imperniato sulla stabilità del vincolo matrimoniale al principio cardine della bigenitorialità. Criterio che però non vincola il figlio nella costruzione della propria identità.

Le suggestioni e sollecitazioni significative offerte dalla giurisprudenza europea hanno ampliato gli spazi di validità di questi accordi: il problema non è negare vincolatività a negozi che deviano dagli schemi tipizzati dal legislatorese meritevoli di tutela, ma individuare i canoni ermeneutici rispettosi da un lato delle competenze nazionali, dall'altro degli obiettivi dell'Unione europea. Il Trattato di Lisbona non ha modificato il quadro normativo delle competenze, in cui non rientra il diritto di famiglia; la competenza diretta ad adottare decisioni su aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali, infatti, va riferita a questioni oggetto di cooperazione giudiziaria, in deroga alla regola generale che richiede l'unanimità per ogni decisione adottata nelle materie di diritto di famiglia[106]. Regola che testimonia in modo inequivocabile la resistenza degli Stati a cedere parte della loro sovranità in materia.

---

[105] F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, p. 383.

[106] Art. 81, co. 3, TFUE: «In deroga al paragrafo 2, le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono stabilite dal Consiglio, che delibera secondo una procedura legislativa speciale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo. Il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che determina gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali e che potrebbero formare oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo. I parlamenti nazionali sono informati della proposta di cui al secondo comma. Se un parlamento nazionale comunica la sua opposizione entro sei mesi dalla data di tale informazione, la decisione non è adottata. In mancanza di opposizione, il Consiglio può adottare la decisione».

Indiscutibile resta pertanto il ruolo basilare del criterio della cittadinanza in tema di attribuzione del cognome. Non è, infatti, il criterio ad essere sindacato dalla Corte europea quando interviene nell'ottica della tutela internazionale dei diritti dell'uomo, ma se le ragioni nazionali non sono in grado di bilanciare gravi lesioni all'identità personale. Nel bilanciamento tra interessi statali ed interessi individuali, questi ultimi prevalgono se l'ingerenza dello Stato si traduce in grave pregiudizio per l'identità personale, salvo riconoscere le ragioni di interesse generale indicate dagli Stati, se concretamente motivate. Lo stretto legame tra tutela dell'identità personale e stabilità del nome trova una tutela rafforzata negli interventi della Corte di Giustizia, cui si deve il ben più efficace diritto europeo alla conservazione del cognome, in quanto libertà fondamentale tutelata dall'Unione. Non costituisce ingerenza, ma applicazione del principio di non discriminazione, il diritto alla continuità trasnazionale del cognome già attribuito in caso di doppia cittadinanza: se la situazione non è ragionevolmente uguale a quella dei cittadini di un solo Stato, situazioni diverse non devono essere trattate in modo uguale; la libertà di circolazione e di stabilimento, che prevale sulle regole applicabili secondo il diritto municipale, è invece garante del principio dell'immodificabilità dell'identità personale, purché non si traduca in abuso.

Ne consegue che la cittadinanza europea ha introdotto la facoltà di scegliere la legge nazionale applicabile al nucleo familiare in materia di cognome, non rilevando più in esclusiva il collegamento con la cittadinanza di uno dei componenti, in virtù del principio della residenza abituale; la funzione identitaria del cognome poi, costantemente ribadita dalla Corte di Giustizia nelle sue pronunce, ne garantisce il diritto alla continuità trasnazionale ed il conseguente vincolo di adeguamento dei registri dello stato civile su istanza degli interessati. La conservazione dell'identità, una volta acquisita, riceve dunque una tutela tendenzialmente assoluta di cui godono i cittadini europei, purché abbiano esercitato la propria libertà di circolazione. Anzi, dopo la sentenza Grunkin Paul, al criterio della cittadinanza si affiancano gli *status* costituiti nello Stato di residenza o in qualsiasi Stato membro con cui l'interessato abbia un collegamento significativo. Resta tuttavia incerto il riconoscimento del diritto soltanto in occasione del mutamento di *status*, oppure anche a situazioni costituite *ex lege*.

L'effetto in ambito nazionale di queste scelte giurisprudenziali è che la varietà dei flussi migratori all'interno dell'Unione europea determina la coesistenza di diversi sistemi di attribuzione del cognome, mettendo in crisi l'unicità del metro di valutazione e di risoluzione delle singole questioni a vantaggio di una maggiore flessibilità.

La conferma è nella dialettica tra automatismi ed identità nella trasmissione del patronimico, riflesso della duplice funzione identificativa e pubblicistica del cognome dove, su impulso della giurisprudenza, lo stesso legislatore si è uniformato nella diversificazione dei fattori che concorrono alla qualificazione dell'identità personale. Il fattore principe, il mutamento di *status*, non è più prevalente rispetto alla cristallizzazione di situazioni giuridicamente tutelabili. Nella più recente normativa sul cognome del figlio nato fuori dal matrimonio (art. 262, co. 2 e 3, c.c.), la scelta di conservare o modificare il proprio cognome in caso di riconoscimento successivo da parte del padre o di accertamento della genitorialità successiva all'attribuzione del cognome da parte dell'ufficiale dello stato civile, è sottratta ai genitori. Se trattasi di minorenne, è il giudice che ne valuta l'opportunità; se maggiorenne, è lui che decide se acquisire il cognome del genitore in tutte le possibili varianti (aggiungendolo, anteponendolo o sostituendolo al proprio) oppure mantenere il cognome originario in quanto segno autonomo della sua identità personale. Analogamente in caso di mutamen-

to di stato per contestazione, disconoscimento o annullamento dell'atto di riconoscimento, oppure se la modifica sia conseguenza della variazione del cognome del genitore che lo ha trasmesso: è il diretto interessato che sceglie se conservare o meno il cognome originario che abbia assunto funzione identificativa.

Lo iato normativo tra funzione identificativa del cognome e discendenza familiare legittima la possibilità di sostituzione del cognome paterno con quello del nuovo coniuge o compagno della madre ipotesi che, subordinata di regola al consenso di entrambi i genitori, va rapportata al concreto interesse del minore ed è oggetto di valutazione discrezionale dell'autorità prefettizia, specie se trattasi di minore[107]. Ipotesi ulteriore di scissione tra discendenza familiare e cognome nella prospettiva identitaria cui non sono estranei spazi di autoregolamentazione, talvolta ampliati dalle dinamiche europee e dalla continuità trasnazionale del diritto, salvo il limite dell'ordine pubblico internazionale.

La codifica normativa del principio giurisprudenziale che attribuisce al cognome funzione identificativa della persona piuttosto che della discendenza familiare consente di leggere in una diversa prospettiva anche la normativa in materia di cognome della moglie di cui all'art. 143 *bis* c.c. L'aggiunta del cognome del marito, che può aver luogo anteponendolo o posponendolo al proprio, cessa con lo scioglimento del rapporto matrimoniale. Ma se quel cognome abbia assunto una funzione identitaria, la sua ultrattività, e dunque il diritto di conservarlo anche in caso di nuove nozze, rende ipotizzabile la sua adozione come cognome familiare trasmissibile ai figli in un successivo rapporto matrimoniale. Ciò vale a maggior ragione per le unioni civili dove la legge attribuisce espressamente alle parti la facoltà di scegliere un cognome comune tra quelli di origine, con la possibilità di anteporre o posporre al proprio il cognome comune, se diverso. Qui lo spazio di autonomia investe la stessa scelta del cognome a differenza del matrimonio, dove è la legge che detta una regola inderogabile ed asimmetrica. Equivalente tra matrimonio e unione civile è l'individuazione di un limite temporale di efficacia, la durata del rapporto, che non tiene conto della possibile ultrattività del cognome se ha assunto funzione identificativa nei rapporti sociali e lavorativi.

Si sottrae all'autonomia negoziale invece la possibilità di modifica discrezionale, oggetto non di un diritto, ma soltanto di un interesse legittimo, le cui motivazioni devono risultare prevalenti rispetto all'interesse pubblico alla tendenziale stabilità del nome. Interessi che, sulla base dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia, devono essere proporzionati rispetto all'interesse individuale e non realizzabili con misure meno restrittive. La rigorosa applicazione del principio appare indispensabile per arginare fenomeni di *forum shopping*, rischio tangibile se si considerasse sufficiente la volontà di adeguare il proprio nome a quello registrato secondo le disposizioni vigenti in un qualsiasi Stato membro, con rischi reali di utilizzo strumentale delle ragioni identitarie. Resta la perplessità, nel bilanciamento dei diversi valori in gioco, che la tutela dinamica del diritto personalissimo all'identità personale sia principalmente effetto del diritto mercantilistico alla libera circolazione dei cittadini europei, in un sistema in cui la Corte di Giustizia tutela l'identità familiare dei cittadini europei con strumenti più icastici di quanto avvenga nel quadro della CEDU.

[107] L'eventualità è regolamentata dalla Circolare del Ministero dell'Interno, 21 maggio 2012, n. 14.

IT IS WINTER IN DELAWARE FOR MERGER LITIGATION AND IT MIGHT BE AUTUMN FOR DELAWARE'S DOMINANCE

PIERLUIGI MATERA

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Delaware's dominance, merger litigation and frivolous suits: the context. – 3. The new standard of judicial review under Corwin v. KKR Fin. Holdings, In Re Volcano Corp. Stockholder Litig. and Kahn v. M&F Worldwide. – 4. Fee-shifting bylaws: from ATP Tour to the prohibition. – 5. Further mechanisms to reduce corporate overlitigation: from Trulia to the forum selection bylaws. – 6. The adaptive response. – 7. Notes on post-Trulia and other jurisdictions. – 8. (Provisional) conclusions.

1. Although blatantly evocative or somehow suggestive, the metaphor of winter for merger litigation in Delaware is far from being just a poetical image or a mere wordplay – and so it is for the Autumn of Delaware's corporate dominance.

Evidence is clear and convincing that a lawsuit challenging a merger before Delaware courts is currently less likely to be successful than just five years ago – which does not mean that there is a decline *tout court* of the corporate litigation.

Indeed, in a rather short time, the legal framework has substantially changed, shifting to a less favourable position for the actual protagonist of such monitoring device: the plaintiff's attorney filing the case.

As a response to an unreasonable increase in deal litigation "beyond the realm of reason"[1], the principles stated in *Corwin*[2] and in *M&F Worldwide*[3] did extend the shield of the business judgment rule, under some conditions; and made the prosecution of merger litigation far more difficult before Delaware judges.

In addition, with *Trulia*[4], Delaware Chancery Court changed its standard on settlement countenance, proclaiming it would have no longer validated disclosure-only settlements, without a careful scrutiny on actual shareholders' benefits.

But whilst the result of a decrease, if not the complete eradication, of frivolous litigation is obviously desirable, some doubts have arisen about the actual outcome of this combination of new rules; and about the collateral effect of this shift not only in terms of the efficiency (if ever) of the classical mechanism of private enforcement but also in terms of corporate governance and, ultimately, of Delaware's role in American corporate law.

[1] *In re Trulia, Inc. Stockholder Litigation*, 129 A.3d 884, 894 (Del. Ch. 2016); also quoting *In re Sauer-Danfoss Inc. Shareholders Litigation*, 65 A.3d 1116, 1135-43 (Del. Ch. 2011).*See* W. B. CHANDLER, A. A. RICKEY, A. *The Trouble with Trulia: Re-evaluating the Case for Fee-Shifting Bylaws as a Solution to the Overlitigation of Corporate Claims*, in *Can Delaware Be Dethroned?: Evaluating Delaware's Dominance of Corporate Law*, S. M. BAINBRIDGE, I. ANABTAWI, S. H. KIM, J. PARK (Eds.), Cambridge, 2018, p. 145.

[2] *Corwin v. KKR Financial Holdings LLC*, 125 A.3d 304 (Del. 2015).

[3] *Kahn v. M&F Worldwide Corp.*, 88 A.3d 635, 644 (Del. 2014).

[4] *In re Trulia, Inc. Stockholder Litigation*, cit.

For some of these unwelcome effects, Delaware legislation has even been amended, enacting a provision unequivocally authorising forum selection bylaws – which companies have then massively adopted.

However, again, litigation dynamics have proved to be highly adaptive; and more than a strategy has been conceived to circumvent the rule and get around it. Given the entrepreneurial nature of corporate litigation, an adaptive response was somehow expected. But the extent and the consequence could be surprising; and some wounds appear to be somehow self-inflicted[5].

That is to say that the issue seems to be going well beyond the traditional Delaware's dilemma in maintaining a balance between efficient management and shareholders' protection.

2.The debate on Delaware's dominance has been going on for some years in a lively way; and so has been the alert on its decline.

For over a century, Delaware has dominated the corporate charter competition: half of all public companies are incorporated here; and 1209 North Orange Street in Wilmington, Delaware, has become an iconic address in contemporary society, a site of American power rivalling even 1600 Pennsylvania Avenue NW, Washington D.C[6].

Some commentators have argued states' competition for incorporations is nothing more than an illusion, almost a myth, as no state is – or at least was until some years ago – engaged in substantial efforts to attract incorporations of public companies and to challenge Delaware's dominance on charters' market[7].

Such prominence depends primarily and relies largely upon Delaware's courts and their expertise on the matter: a specialisation developed over years, with no equals in other jurisdiction[8].

Yet, it now faces a menace that might erase this traditional competitive advantage.

Indeed, a famous study, published at the end of 2012, was already wondering whether Delaware were losing its cases – brilliantly remarking the reasons for such *trend*[9]. But, as said, in the last five years, the mentioned decisions on merger litigations and some controversial amendments to the Delaware General Corporation Law have brought the question back up again in a more urgent way.

It is not a casualty that the new warning signs are coming just from case law involving large M&A and leveraged buyout transactions. It is well known the pivotal role played by private enforcement in the American corporate governance pattern; and it is equally

---

[5] S. M. BAINBRIDGE, *Fee-Shifting: Delaware's Self-Inflicted Wound*, in *Del. J. Corp.*, 2016, Vol. 40, p. 851 refers to the reversal of *ATP Tour, Inc. v. Deutscher Tennis Bund*, 91 A.3d 554 (Del. 2014) as a "self-inflicted wound" that "threatens to undermine Delaware's profitable position as the leading state of incorporation"; but the formula might be more broadly suitable to the whole described framework.

[6] *See* L. M. LOPUCKI, *Delaware's Fall: The Arbitration Bylaws Scenario*, in *Can Delaware Be Dethroned?*, cit., pp. 35-56; and *ibid.*, C. ELSON, *Why Delaware Must Retain Its Corporate Dominance and Why It May Not.*, pp. 225-237.

[7] M. KAHAN, E. KAMAR, *The Myth of State Competition in Corporate Law*, in *Stan. Law Rev.*, 2002, Vol. 55, p. 684.

[8] *See* B. S. BLACK, *Is Corporate Law Trivial?: A Political and Economic Analysis*, in *NW. U. Law Rev.*, 1990, Vol. 84, partic. p. 589.

[9] J. A. ARMOUR, B. BLACK, B. CHEFFINS, *Is Delaware Losing its cases?*, in *Jour. Emp. Leg. St.*, 2012, Vol. 9, I. 4, pp. 605-656. Recently, *see* R.B. THOMPSON*Delaware's Dominance: A Peculiar Illustration of American Federalism*, in *Can Delaware Be Dethroned?*, cit., pp. 57-77.

known that merger litigation is a significant, essential part of corporate litigation. Moreover, in the context of a public company, mergers' private litigation is the main mechanism for challenging the price, fairness or disclosure, as SEC enforcement actions have traditionally been limited to some particular kind of transactions, such as reverse mergers[10].

Being the core of corporate litigation, it is not a surprise that case law on the matter is also particularly sensitive and perceptive to trends and issues.

And an issue is, beyond a shadow of a doubt, the extraordinarily high litigation rate recorded. As the Court noted in *Trulia* case, "in just the past decade, the percentage of transactions of $100 million or more that have triggered stockholder litigation in [Delaware] has more than doubled, from 39.3% in 2005 to a peak of 94.9% in 2014"[11].

Over 96% of publicly-announced mergers have attracted at least a lawsuit – often more than one and in multiple jurisdictions[12]; so that some critics have referred to the phenomenon as an actual "merger tax" more than a monitoring device, because, as mentioned, these lawsuits are rarely able to derail the transaction and are mostly settled for supplemental disclosures and for the provision of highly-remunerative fees for the plaintiff's counsel[13].

Needless to say that the possible lack of material benefit to shareholders has not only fostered the criticism but has also frustrated any deterring function of the enforcement pattern, making such number of cases unbearable for the system.

In other terms, the perception that levels of merger litigation were unreasonable and the conclusion that a substantial proportion of these cases were not providing value reclaimed a response: it requested "corporate constituents" to raise the bar and to make it more difficult for plaintiffs to win a lawsuit challenging a merger and more difficult for their attorneys to collect a fee award.

And if not by the fee-shifting bylaws of *ATP Tour v. Deutscher Tennis Bund*[14] – prohibited shortly after the decision on their validity – the reaction has operated through the (imperfect) combination of *Corwin*, M*&F Worldwide*, *Trulia* standards and of the new provisions banning fee-shifting bylaws and permitting the forum selection clauses[15].

---

[10]And even in such cases, the actions are typically addressed to disclosure issues. M. D. CAIN, J. E. FISCH, S. D. SOLOMON, S. T. RANDALL, *The Shifting Tides of Merger Litigation*, (December 4, 2017), in *Vanderbilt Law Review*, 2018 forthcoming; *U. of Penn., Inst. for Law & Econ Research Paper* No. 17-6; UC *Berkeley Public Law Research Paper* No. 2922121; *Vanderbilt Law Research Paper* No. 17-19; E*uropean Corporate Governance Institute - Law Working Paper* No. 375/2017, p. 2, nt. 1, available at:*http://scholarship. law.upenn.edu/faculty_scholarship/1728.*

[11]*In re Trulia, Inc. Stockholder Litig.*, cit., at 892.

[12] M. D. CAIN, J. E. FISCH, S. D. SOLOMON, S. T. RANDALL, *op. cit.*, p. 1.

[13] W. B. CHANDLER, A. A. RICKEY, A. *op. cit.*, p. 146 quoting *City Trading Fund v. Nye*, 2015 WL 93894, at 13 (N.Y. Super. Ct. Jan. 7, 2015) – where noted as "the ubiquity and multiplicity of merger lawsuits, colloquially known as a «merger tax», has caused many to view such lawsuits with a certain degree of skepticism"

[14]*ATP Tour, Inc. v. Deutscher Tennis Bund*, cit.

[15]DEL CODE ANN. tit. 8, §§ 102(b)(4), 109(b) (West 2017). Actually, the legislation seems to codify or at least to follow a principle affirmed by Delaware Chancery Court in *Boilermakers Local 154 Ret. Fund v. Chevron Corp.*, 73 A.3d 934 (Del. Ch. 2013) – in which the judges upheld the validity of a board-adopted forum selection bylaw. Recently, *see* J. E. FISCH, *Governance by Contract: The Implications for Corporate Bylaws*, (March 8, 2017), in *California Law Review*, 2018 forthcoming; in *Un. Penn., Inst. for Law & Econ. Research Paper* No. 17-13; in *European Corporate Governance Institute - Law Working Paper* No. 350/2017 *(https://ssrn.com/ abstract=2930529).*

Nevertheless, as anticipated, such reaction appears to be to some extent both excessive and unproductive – or even detrimental for Delaware jurisdiction. But before coming to a conclusion, it is convenient to proceed in an orderly fashion.

3.In 2015, confirming a 2014 decision of Chancery Court[16], the Delaware Supreme Court held, in *Corwin v. KKR Fin. Holdings*, that the business judgment rule is "the appropriate standard of review for a post-closing damages action when a merger that is not subject to the entire fairness standard of review has been approved by a fully-informed, uncoerced majority of the disinterested stockholders"[17].

In other terms, in these type of transaction, previously operating under the Revlon standard of enhanced business judgment rule[18] (the so-called Revlon-land)[19], the approval of a fully-informed, uncoerced majority of the disinterested stockholders produces a "cleansing effect" and limits the judicial review to the scrutiny admitted under the business judgment rule. As a consequence, unless proved irrational, the merger will be shielded and the case is unlikely to survive a motion to dismiss.

The reasons behind these findings are somewhat simple. As the Court affirmed "when a transaction is not subject to the entire fairness standard, the long-standing policy of [Delaware] law has been to avoid the uncertainties and costs of judicial second-guessing when the disinterested stockholders have had the free and informed chance to decide on the economic merits of a transaction for themselves". As a matter of fact, "when the real parties in interest — the disinterested equity owners — can easily protect themselves at the ballot box by simply voting no, the utility of a litigation-intrusive standard of review promises more costs to stockholders in the form of litigation rents and inhibitions on risk-taking than it promises in terms of benefits to them. The reason for that is tied to the core rationale of the business judgment rule, which is that judges are poorly positioned to evaluate the wisdom of business decisions and there is little utility to having them second-guess the determination of impartial decision-makers with more information (in the case of directors) or an actual economic stake in the outcome (in the case of informed, disinterested stockholders)"; that is why in circumstances "where the stockholders have had the voluntary choice to accept or reject a transaction, the business judgment rule standard of review is the presumptively correct one and best facilitates wealth creation through the corporate form"[20].

---

[16]*In re KKR Financial Holdings LLC Shareholder Litigation*, Consol. C.A. No. 9210-CB (Del. Ch. Oct. 14, 2014).

[17]*Corwin v. KKR Financial Holdings LLC*, cit., at 304. *See*, for references, P. MATERA, F. M. SBARBARO, Cleansing effect *and* standard *di* judicial review *nella recente giurisprudenza statunitense*, in *Comp. dir. civ.*, 2017, Vol. I, pp. 1-49.

[18]Extending the judicial scrutiny from rationality to reasonableness.

[19] The expression is widely used by scholars – in last years, *see* S. M. BAINBRIDGE, *The Geography of* Revlon-*Land*, in *Ford. Law Rev.*, 2013, Vol. 81, p. 3277 or M. MANESH, *Defined by Dictum: the Geography of* Revlon-*Land in Cash and Mixed Consideration Transactions*, in *Vill. Law Rev.*, 2014, Vol. 59, n. 1 p. 2 –, although criticised by courts: *see*, *e.g.*, *In re Rural Metro Corp. Shareholders Litigation*, 88 A.3d 54, 84 (Del. Ch. 2014) – but see also *In Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*, 818 A.2d 914, 928 (Del. 2003), where it is used by the court itself.

[20]*Corwin v. KKR Fin. Holdings*. LLC, cit., at 314.

Albeit plainly logical[21], the decision has to be considered a major change; in expanding the business judgment rule protection to these transactions, it achieved a significant, result shifting the balance of the relevant litigation.

Corwin's holding was promptly confirmed[22]; and shortly after extended, with Volcano, to cases involving a tender offer[23].

Indeed, in a line of cases started with Kahn v. M&F Worldwide[24], the courts of Delaware have resorted to the cleansing effect – presumably to thwart strike suits –even in transaction with controlling stockholders, where the standard of review would ordinarily be the entire fairness standard, if the merger had conditioned upfront by the controlling stockholder on approval by both a properly empowered, independent committee and an informed, uncoerced majority-of-the-minority vote[25].

Although in *In re M&F Worldwide*[26], the Chancery Court referred to it as a "novel question of law" – namely what standard of review should apply to a going private merger conditioned – the decision was long awaited; and predictable to some extent.

Two hints were suggesting such conclusion, a line originated by *Siliconix*[27]and some indications contained in *Cox Communications*[28]: in the former, the Delaware Court of Chancery had already opted for this solution, applying the business judgment rule instead of the entire fairness standard in a freezeout merger carried out through a tender offer[29]; in the

---

[21] Some commentators had already remarked that Revlon was extinguishing its "force"; *see* L P. Q. JOHNSON, R. RICCA, *The Dwindling of* Revlon, in *Wash. & Lee Law Rev.*, 2014, Vol. 71, p. 167-227; but *see*, also, the divergent opinion of M. MANESH, *Nearing 30, is* Revlon *showing its Age?*, in *Wash. & Lee Law Rev. Online*, 2014, n. 71, p. 107-149.

[22]*Singh v. Attenborough (Zale III)*, 137 A.3d 151 (Del. 2016); *In Re Solera Holdings, Inc. Shareholders Litigation*, 2017 WL 57839 (Del. Ch. Jan. 5, 2017).

[23]*In Re Volcano Corp. Shareholders Litigation*, 143 A.3d 727 (Del. Ch. June 30, 2016). For the post-Corwin, *see* R. S. REDER, *Delaware Chancery Court Extends "Cleansing Effect" of Stockholder Approval Under KKR to Two-Step Acquisition Structure*, in *Vand. Law Rev. En Banc*, 2016, Vol. 69, p. 227 ss.; R. S. REDER, T. M. BULBA, *Delaware Courts Diverge on Whether "Cleansing Effect" of Corwin Applies to Duty of Loyalty Claims*, in *Vand. Law Rev. En Banc*, 2017, Vol. 70, p. 1 ss.; and *ibid.* ID., *Delaware Courts Confront on Whether "Cleansing Effect" of Corwin Applies to Duty of Loyalty Claims*, p. 35 ss.

[24]*Kahn v. M&F Worldwide Corp.*, 88 A.3d 635 (Del. 2014). For extensive comments *see* D. WILSON, *Desirable Resistance: Kahn v. M&F Worldwideand the Fight for the Business Judgment Rule in Going-Private Mergers*, in *U. Penn. J. Bus. Law*, 2015, vol. 17, n. 2, p. 643-672; F. RESTREPO, G. SUBRAMANIAN, *The Effect of Delaware Doctrine on Freezeout Structure & Outcomes: Evidence on the Unified Approach*, in *Harv. Bus. Law Rev.*, 2015, vol. 5, partic. pp. 205-17; I. FIEGENBAUM, *The Geography of MFW-Land*, in *Del. J. Corp. Law*, 2017, Vol. 41, pp. 763-802.

[25] In more detail: the Court adopted a six-part test (now known as *MFW* test), under which the business judgment rule will apply to a court's review of controller buyouts if (1) the controller conditions the transaction on approval of a special committee and a majority-of-the-minority shareholders; (2) the special committee is independent; (3) is empowered to select its own advisors and to say no definitively to the deal; and (4) meets its duty of care in negotiating a fair price; and the minority shareholders are (5) informed; and (6) uncoerced. *Seeamplius*P. MATERA, F. M. SBARBARO, *op. cit.*, 2017, pp. 23-32.

[26]*In re M&F Worldwide Corp. Shareholders Litigation*, 67 A.3d 496, 508 (Del. Ch. 2013).

[27]*In re Siliconix Inc. Shareholders Litigation*, No. CIV. A. 18700, 2001 WL 716787, (Del. Ch. June 19, 2001); confirmed by *In re Pure Resources, Inc., Shareholders Litigation*, 808 A.2d 421 (Del. Ch. 2002).

[28]*In re CNX Gas Corp. Shareholders Litigation*, 4 A.3d 397 (Del. Ch. 2010). *See*, also, *In re John Q. Hammons Hotels Inc. Shareholder Litigation*, No. 758-CC, 2009 WL 3165613 (Del. Ch. Oct. 2, 2009).

[29] In a case where the controlling stockholder, at the completion of a successful tender offer, owned more than 90% of stock and as such was able to execute a short-form merger – so ending up in the same position as if he had tendered or if the transaction had been structured as a merger –, it would have been unreasonable to apply a different standard, even if the situation was formally dissimilar. In the words of the court: "it may

latter, Chancellor Strine had anticipated, even if just in the *dicta*, the M&F Worldwide opinion[30]. That is almost to say that, as a "part of a broader, desirable trend of pushback againstLynch"[31], M&F Worldwide case has merely been the first occasion – in that being the question "novel" – for the court to state a principle already devised and commonly perceived.

After all, if a special independent committee, fully-empowered can fulfil its duty of care in negotiating a fair price and if the merger is upfront conditioned to such approval, the transaction will be executed in the same situation as if there were no controlling stockholder; so that the potentially dangerous influence (i.e. the conflict of interest) requiring a stricter standard of judicial scrutiny is neutralised and the reasons for the application of the entire fairness standard disappears.

But again, the change is clearly of some importance and confirms the trend to adopt specific strategies to reduce merger litigation – and especially lawsuits whose goals are ostensibly far from creating value for shareholders by redressing a wrongdoing.

The net effect of these cases should have been to limit substantially the availability of a post-closing suit for damages, preserving the chance to proceed with the suit just for those claims that address a transaction where the involved company failed to disclose the alleged improprieties prior to shareholder approval[32].

So the question becomes if such a solution has been effective and the end achieved; or if the described revisions have only made challenging a merger less desirable in Delaware – but not elsewhere. Particularly, as said, the switch to the more deferential business judgment rule in these cases could contribute to revitalise – perhaps resuscitate – a jurisdictional competition, by way of bringing the same lawsuit in another jurisdiction, federal or state.

4.In the depicted scenario, another response has to be examined briefly; a mechanism that, albeit lived for a rather short time, it is significant for the dynamics illustrated: the fee-shifting bylaws.

It is evident that any provision shifting the liability for the corporation's attorneys' fees on unsuccessful plaintiffs, by altering the basic scheme of American litigation and of the so-called American rule, is maybe one of the strongest, ever conceivable, disincentive to bring a corporate lawsuit. Moreover, it does not rely on a judicial intervention[33].

Thus, quite surprisingly to some extent, in *ATP Tour* the Delaware Supreme Court upheld the validity of fee-shifting bylaws and article, upholding that stockholder plaintiffs could be required to reimburse other stockholders or the company for the costs of an un-

seem strange that the scrutiny given to tender offer transactions is less than the scrutiny that may be given to [...] a merger transaction": *In re Siliconix Inc. Shareholders Litigation*, cit., at 18-9. See, also, G. SUBRAMANIAN, *Post-Siliconix Freeze-Outs: Theory and Evidence*, J. Leg. Stud., 2007, Vol. 36, pp. 1-19.

[30]*In re Cox Communications, Inc. Shareholders Litigation*, cit., 606. Also predicted in M. SIEGEL, *The Illusion of Enhanced Review of Board Actions*, in *U. Penn. J. Bus. Law*, 2013, vol. 15, n. 3, p. 600.

[31] D. WILSON, *op. cit.,* p. 643, referring to Kahn v. Lynch Communications Systems, Inc., 638 A.2d 1110 (Del. 1994).

[32] M. D. CAIN, J. E. FISCH, S. D. SOLOMON, S. T. RANDALL, *op. cit.*, p. 1. *In Re Volcano Corp. Shareholders Litigation*, cit., p. 730.

[33] Cf. W. B. CHANDLER, A.A. RICKEY, *op. cit.*, p. 157.

successful lawsuit[34]. Actually, the case involved a board-adopted bylaw of a non-stock corporation; but, the grounds of the decision being provisions of Delaware General Corporation Law also applicable to public companies, it has been immediately clear its wider authority[35].

The principle the reasoning relied upon, in addition to the existing provisions, seems to be "all contractual", and not only based on a contract analogy. It is tied to the contractual model of the company and to theory of implied consent, already recalled by Chief Justice Strine in a case, *Boilermakers*[36], which can also be deemed as the foundation for forum selection bylaws: shareholders who buy stock in a corporation implicitly consent to be bound by the adopted bylaws; furthermore, shareholders who buy stock in a corporation in which the charter confers the power to amend the bylaws on the board of directors implicitly consent to be bound by board-adopted bylaws[37].

The judges specifically dealt with the bylaw in question just as dealing with a contract term, considering the provision equivalent to a "contractual exception to the American Rule"[38].

Given the reach of the decision and the circumstance that, following it, several publicly-traded firms enacted fee-shifting mechanisms in their bylaws or articles, it is of no wonder the prompt backlash: severe criticism raised by large part of Delaware's legal community, pointing out fee-shifting bylaws sometimes as a draconian use of corporate power; sometimes, quite imaginatively, as solution throwing the baby out with the bathwater[39]; almost always as a real threat to the whole system of private enforcement.

---

[34] In 2007, members of ATP – a Delaware non-stock membership corporation that, as it is well known, operates the professional men's tennis tour – sued the corporation and six of its directors in federal court, alleging several federal antitrust and Delaware corporate law claims. After the plaintiffs lost at trial, ATP invoked the fee-shifting bylaw enacted by ATP's board of directors in 2006. The district court certified four questions of law to the Delaware Supreme Court, collectively addressing the validity of fee-shifting bylaws both on their face and as applied. Indeed, the Supreme Court did not reach the question of whether the specific bylaw was enforceable, but declared fee-shifting bylaws were not *per se* unenforceable under Delaware law – namely: "Under Delaware law, a fee-shifting by-law is not invalid *per se*"; *ATP Tour, Inc. v. Deutscher Tennis Bund*, cit., at 560. See, also, W. B. CHANDLER, A. A. RICKEY, *op. cit.*, p. 149.

[35] *ATP Tour, Inc. v. Deutscher Tennis Bund*, cit., at 557 n.10, recalling that the provisions of 8 *Del. C.* § 109(b), is applicable to stock a non-stock corporations.

[36] *Boilermakers Local 154 Ret. Fund v. Chevron Corp.*, at 955-56.

[37] J. E. FISCH, *Governance by Contract: The Implications for Corporate Bylaws*, (March 8, 2017), cit., pp. 3-4. Cf. V. WINSHIP, *Contracting Around Securities Litigation: Some oughts on the Scope of Litigation Bylaws*, in *SMU Law Rev.*, 2015, Vol. 68, p. 913; ID.,*Shareholder Litigation by Contract*, in *Bos. Univ. Law Rev.*, 2016, vol. 96, p. 485 ss.; S. GRIFFITH, *Correcting Corporate Benefit: How to Fix Shareholder Litigation by Shifting the Doctrine on Fees*, in *B.C.L. Rev.*, 2015, Vol. 56, p. 1; L. A. HAMERMESH, *How Long Do We Have to Play the "Great Game"?*, in *Iowa Law Rev. Bull.*, 2015, Vol. 100, p. 31.; J. R. BROWN JR., *The Future Direction of Delaware Law (Including a Brief Exegesis on Fee Shifting Bylaws)*, in *Den. Univ. Law Rev. Online*, 2015, Vol. 92, p. 51. See, also, L. A. HAMERMESH, *Consent in Corporate Law*, in *Bus. Law.*, 2014, Vol. 70, p. 166, where the A. points out that *ATP*'s fee-shifting bylaw did not create a "loser pays" rule, as it "prescribed a one-sided rule – only the plaintiff has to pay the other side's costs – and it has to pay those costs not just if it loses, but even if it wins many of its claims but fails to get substantially all the relief it sought"; also quoted in S. M. BAINBRIDGE, *Fee-shifting: Delaware Self-inflicted Wound*, cit., p. 856. nt. 56.

[38] *ATP Tour, Inc. v. Deutscher Tennis Bund*, cit., at 558.

[39] M. LEBOVITCH, J. VAN KWAWEGEN, *Of Babies and Bathwater: Deterring Frivolous Stockholder Suits Without Closing the Courthouse Doors to Legitimate Claims*, in*Del. J. Corp. Law*, 2016, Vol. 40, p. 491. But *see* S. M. BAINBRIDGE, *Fee-shifting: Delaware Self-inflicted Wound*, cit., pp. 852-876. *See*, generally,J. C. COFFEE JR., *Fee-Shifting and the*

Under such heavy fire, fee-shifting provisions had little hope to survive.

Quite rapidly came the countermeasure: Delaware General Corporation Law was amended and a prohibition to fee-shifting bylaws or articles passed (S.B. 75)[40].

Indeed, some scholars argued that around this tool "legal community struck a grand bargain with its corporate citizens": first, the enactment of the ban on fee-shifting bylaws; second the Delaware State Bar Association's explicit encouragement to the adoption of forum selection bylaws by corporations, as a way "to reduce the incidence of socially wasteful litigation"; and within seven months of the ban on fee-shifting provisions, the Delaware Court of Chancery issued the *Trulia* decision, "widely seen as a promising corrective to the problem of excessive corporate litigation, and in particular disclosure-only settlements"[41].

Of course, the influence between amendments to the Delaware law and the *Trulia* decision cannot be demonstrated. But it is hard to resist the conclusion the change in the court's approach is not just a coincidence or an event occurred in a similar timeline.

Yet, it took less than a year to doubt about the effectiveness of *Trulia* and of forum selection provisions – soon adopted.

A step back, before the conclusion.

5.The idea behind the *Trulia* decision is fairly simple; and to some extent it can unquestionably be agreed with.

If a large portion of corporate litigation serves no useful purpose for the company and creates no value for the shareholders, but it is only intended to "generate fees for certain lawyers who are regular players in the enterprise of routinely filing hastily drafted complaints on behalf of stockholders on the heels of the public announcement of a deal and settling quickly on terms that yield no monetary compensation to the stockholders they represent"[42], then, safeguarded the fee mechanisms, the other way to halt the frivolous suits is striking such "peppercorn settlements".

Although the court's criticism of this kind of settlements has been intensifying for some time and although some hints of *Trulia*'s coming can be tracked in *Acevedo v. Aeroflex*[43]and *in Riverbed Technology*[44], so far this decision represents both the brightest illustration of the perverse mechanism generated by the previous system and the most definitive statement of court's firm intention to carefully scrutinize and refuse the validation each time the settlement consideration of class actions does not include any monetary recovery for the class.

Regarding the former (the depiction of the pattern), the Court recalled that "in such lawsuits, plaintiffs' leverage is the threat of an injunction to prevent a transaction from closing". Such threat cannot be underestimated as it is a strong incentive for defendants to settle quickly "in order to mitigate the considerable expense of litigation and the distraction

---

SEC: Does It Still Believe in Private Enforcement?, in *CLS Blue Sky Blog* (Oct. 14. 2014), archived at*https://perma.cc/QD6P-N9TX*.

[40] Senate Bill 75 – 2015 Leg., 148th Gen. Assemb., Reg. Sess. (Del. 2015) – passed by the Delaware Senate on May 12, 2015; approved by the Delaware House on June 11, 2015; and signed by Governor Markell on June 24, 2015.The bill became effective on August 1, 2015.

[41] W. B. CHANDLER, A. A. RICKEY, *op. cit.*, p. 149-50.

[42]*In re Trulia, Inc. Stockholder Litigation*, cit., at 904.

[43]*See* Transcript, *Acevedo v. Aeroflex Hldg. Corp.*, C.A. No. 7930-VCL (Del. Ch. July 8, 2015).

[44]*In re Riverbed Technology, Inc. Stockholders Litigation,* 015 WL 5458041 (Del. Ch. Sept. 17, 2015).

it entails, to achieve closing certainty, and to obtain broad releases as a form of «deal insurance»". Indeed, as the Court noted, these motivations are so potent that "many defendants self-expedite the litigation by volunteering to produce «core documents» to plaintiffs' counsel, obviating the need for plaintiffs to seek the Court's permission to expedite the proceedings in aid of a preliminary injunction application and thereby avoiding the only gating mechanism (albeit one friendly to plaintiffs) the Court has to screen out frivolous cases and to ensure that its limited resources are used wisely". And so, "once the litigation is on an expedited track and the prospect of an injunction hearing looms, the most common currency used to procure a settlement is the issuance of supplemental disclosures to the target's stockholders before they are asked to vote on the proposed transaction"[45].

The additional disclosure provided should in theory allow shareholders to exercise their rights in a better-informed manner. Yet, the practice of courts to approve disclosure-only settlements, even when the supplemental information is not material and of minor value to stockholders, provides "a particularly easy «give» for defendants to make in exchange for a release"[46].

Once the parties have agreed on the terms of settlement to submit to the court, the context of the suit changes radically and its character becomes non-adversarial, as both parties have a common interest in extracting the validation by the court and have no interest in filing a motion to provide judges with information. Bearing in mind that typically, in an expedited deal litigation, the discovery record is sparse, it is easy to understand why courts, although used to evaluate the proposed settlement of stockholder class and derivative actions without the benefit of hearing opposing viewpoints, have a hard time in the scrutiny of disclosure-only settlements[47].

The result is just the peppercorn and fee settlements and, as a consequence, the potential for abuse of corporate litigation basic mechanism.

---

[45]*In re Trulia, Inc. Stockholder Litigation*, cit., at 895-6.

[46]*Ibid.*, also quoting *In re Riverbed Technology, Inc. Stockholders Litigation,* cit., at 4-5. To the reported representation, the Court added: "The next step, after notice has been provided to the stockholders, is a hearing in which the Court must evaluate the fairness of the proposed settlement. Significantly, in advance of such hearings, the Court receives briefs and affidavits from plaintiffs extolling the value of the supplemental disclosures and advocating for approval of the proposed settlement, but rarely receives any submissions expressing an opposing viewpoint. Although the Court commonly evaluates the proposed settlement of stockholder class and derivative actions without the benefit of hearing opposing viewpoints, disclosure settlements present some unique challenges. It is one thing for the Court to judge the fairness of a settlement, even in a non-adversarial context, when there has been significant discovery or meaningful motion practice to inform the Court's evaluation. It is quite another to do so when little or no motion practice has occurred and the discovery record is sparse, as is typically the case in an expedited deal litigation leading to an equally expedited resolution based on supplemental disclosures before the transaction closes". *See*, generally, J. E. FISCH, S. J. GRIFFITH, S. D. SOLOMON, *Confronting the Peppercorn Settlement in Merger Litigation: An Empirical Analysis and a Proposal for Reform*, in *Tex. Law Rev.*, 2015, Vol. 93, p. 557; and *ibid.* J. T. LASTER, *A Milder Prescription for the Peppercorn Settlement Problem in Merger Litigation*, p. 129. S. J. GRIFFITH, *Private Ordering Post-Trulia: Why No Pay Provisions Can Fix the Deal Tax and Forum Selection Provisions Can't*, in *The Corporate Contract in Changing Times: Is the Law Keeping Up?*, S. D. SOLOMON, R. S. THOMAS (Eds.), Chicago, 2017, p. 81; H. JIANG, *Enforcing the Bargain v. Materiality Requirement. The Future of Disclosure-only Settlements Post-Trulia*, in *Pace Law Rev.*, 2017, pp. 1-30.

[47]*In re Trulia, Inc. Stockholder Litigation*, cit., at 896-7. In this case, no motions were decided – not even a motion to expedite. And as the Court remarked "discovery was limited to the production of less than 3,000 pages of documents and the taking of three depositions, two of which were taken before the parties agreed in principle to settle and one of which was a «confirmatory» deposition taken thereafter".

Consistently, "the judicial pushback"[48] culminating in January 2016 with *Trulia* is essentially logical. And the *Trulia*'s reasoning cannot be criticised in itself; so cannot its statement according to which courts, in validating merger litigation settlements, should reject those failing to achieve substantial benefits for shareholders – *i.e.* because providing only additional non-material disclosures, a broad release and a fee award to plaintiffs' attorney[49]: that is no meaningful benefits for shareholders then no settlement approval by the court.

Still, the actual effect in terms of reducing corporate litigation is questionable, as the data recorded proves a decline of litigation only before Delaware courts and, correspondingly, an increase of lawsuits brought outside of Delaware, either in other state jurisdiction, either in federal court – and in 2017 the trend accelerated[50].

To be honest, in *Trulia* the Chancery Court anticipated that the new "enhanced judicial scrutiny of disclosure settlements could [have led] plaintiffs to sue fiduciaries of Delaware corporations in other jurisdictions in the hope of finding a forum more hospitable to signing off on settlements of no genuine value"; but also indicated a resort, by adding that it was "within the power of a Delaware corporation to enact a forum selection bylaw to address this concern"[51]. A resort punctually adopted by Delaware's legislature, as said[52].

The point is that, as a matter of fact, the forum selection bylaws – widely implemented by Delaware's corporations after the mentioned codification of a rule explicitly permitting them – fell short of the expectation, as perhaps equally predictable.

6. Given the specialisation of corporate plaintiffs' attorneys and the entrepreneurial essence embedded in the role of bounty hunter they play, an adaptive response was highly foreseeable – and took only a few months to be developed.

In other words, the disincentive originated by disclosure-only settlement-averse courts' policy following *Trulia* has revealed to be a motivation stronger than the obstacle created by forum selection bylaws. Indeed, legal tools to get around it were already available and, somehow, the tactics devised can appear even banal. But just like in a puzzle, changed a few pieces, the whole image can be surprisingly different.

Needless to say that, on the companies' side, managers have immediately adapted by structuring the transaction in a guise to get the guarantee of a more deferential standard of judicial review; but the plan can succeed to the extent the lawsuit is filed before a court applying *Corwin*, *Volcano* or *M&F Worldwide*.

Records report as, after a temporary decrease in the volume of litigation – probably just the time for the backlash –, the numbers of mergers challenged in a lawsuit have increased again, this time before federal and other state courts. That is to say that, in less than a year, forum selection bylaws proved to have basically failed their mission to prevent

[48] As defined by M. D. CAIN, J. E. FISCH, S. D. SOLOMON, S. T. RANDALL, *op. cit.*, p. 3.

[49] In the case, the Court refused to approve a settlement whose proposed terms provided insignificant additional information to stockholders, a significant amount (of $375,000) in fees and a release for the corporate defendant that might have prevented class members from later filing commendable and grounded lawsuits.

[50] *See* M. D. CAIN, J. E. FISCH, S. D. SOLOMON, S. T. RANDALL, *op. cit.*, p. 6, where figures and references.

[51] *In re Trulia, Inc. Stockholder Litigation*, cit., at 899.

[52] DEL CODE ANN. tit. 8, §§ 102(b)(4), 109(b) cit.; see *sub* nt. 15.

plaintiff's counsel from filing a suit away from Delaware – presumably in the effort to escape the application of the new Delaware standards[53].

Regarding federal jurisdiction, forum selection bylaws cannot refrain corporate plaintiffs to pursue a lawsuit in a federal court, e.g. for disclosure violations under Rule 14a-9 (Securities Exchange Act of 1934)[54]. And that is exactly what occurred.

Ironically, the combination cleansing effect/*Trulia*/forum selection bylaws might be able to revitalise the languishing federal jurisdiction on the matter[55].

Therefore, there are other viable "options" for claimants in other states' courts; one relies upon the potential for a collusion between plaintiffs' attorneys and the defendant corporation: even whereas the company has adopted a forum selection bylaw, the board of directors may opt to waive the application of that provision[56] and to accept a lawsuit before a non-Delaware forum in order to negotiate a settlement on terms that currently would not have any hope of approval in Delaware under *Trulia*.

Or, again, another strategy could be the allegation that just the filing of the case induced defendants to provide an increased disclosure; that would enable the parties to settle disclosure-only cases on the grounds of "mootness" and the defendants to compensate, on a voluntary basis, plaintiffs' counsel through a "mootness fee."

Of course, like in a game of chess, against these strategies the litigation system plays its countermeasure[57].

For instance, federal law provides a variety of safeguards against strike suits that might frustrate or at least discourage the use of federal jurisdiction as a substitute[58]; and-subsequently, the shift of cases into federal court might work itself out, gradually as federal courts address these cases[59].

As to Delaware's courts, with *Receptos* decision, they have already started to show their will to reduce in some cases mootness fee[60].

But the dynamics of corporate litigation and American federalism are articulated. Actions and reactions follow each other, sometimes in a hectic way. So that even the capabil-

---

[53] Of the deals completed in 2016, only 32% were challenged in a Delaware's court, while 65% were challenged in other states and 37% in federal court – the percentages do not sum to 100% because of multiple cases in multiple forums. M. D. CAIN, J. E. FISCH, S. D. SOLOMON, S. T. RANDALL, *op. cit.*, p. 6. See, also, data reported in S. M. BAINBRIDGE, *Fee-shifting: Delaware Self-inflicted Wound*, cit., p. 860-867.

[54]As it is well known, this rule applies to omission or misleading statements "in connection with any tender offer or request or invitation fortenders, or any solicitation of security holders in opposition to or in favor of any such offer, request, or invitation".

[55] Undoubtedly, the figures *sub* nt. 52 represent a significant increase in federal court filings. Cf. W. B. CHANDLER, A. A. RICKEY, *op. cit.*, pp. 146-7. M. D. CAIN, J. E. FISCH, S. D. SOLOMON, S. T. RANDALL, *op. cit.*, pp. 5-6.

[56] The arbitration clauses require a motion of the defendant to operate.

[57] In the context, *see* generally J. E. FISH, *The New Governance and the Challenge of Litigation Bylaws*, in *Brook. Law Rev.*, 2016, Vol. 81, n. 4, p. 1637-52.

[58]*See* sub § 7.

[59] M. D. CAIN, J. E. FISCH, S.D. SOLOMON, S.T. RANDALL, *op. cit.*, p. 7 and *amplius* J. E. FISCH, S. J. GRIFFITH, S. D. SOLOMON, *op. cit.*, p. 558-71.

[60]*In re Receptos, Inc. Stockholder Litigation*, No. 11316-CB (Del. Ch. Jul. 21, 2016), the Court reduced mootness fees from $350,000 to $100,000; and imparted a real "lesson" – according the wording used by the judges –, that there "is no right to cover one's supposed time and expenses just because you sue on a deal, and plaintiffs should not expect to receive a fee in the neighborhood of $300,000 for supplemental disclosures in a post-Trulia world unless some of the supplemental information is material under the standards of Delaware law".

ity to intervene of Delaware's legislature and courts appears to be limited; and the risk is to keep on chasing plaintiffs' new tactics while the ship continues to sink.

Another example is the upsurge of appraisal litigation in Delaware. Notwithstanding the reforms on such specific type of lawsuits, some recent statistics relates the newly-gained popularity of appraisal litigation with the new authority of *Corwin*, *Volcano* and *Trulia*; in the sense that plaintiffs' attorneys could now be filing, as appraisal cases, those deal challenges they are no longer allowed to bring in the form they used to before *Corwin*, *Volcano* and *Trulia* – or, if brought, would be presumably unsuccessful[61].

As a consequence of that, Delaware courts started to consider the merger price, determined in a correctly set transaction, as a fair value for purposes of the appraisal proceeding[62].

The trend is consolidating. Yet, in August 2017, the Delaware Supreme Court – in a much-awaited decision, *DFC Global Corp. v. Muirfield Value Partners*[63] – did not push the reaction to the limit by establishing a broad presumption[64]. The Court, on one side, emphasised the significance of a merger price resulting from a competitive, arm's-length sale process in determining the fair value under Delaware's appraisal statute; on the other, refused to draw a sharp line and to impose a deference to the merger price in such cases (*i.e.* to cast the pre-determined, general condition to invoke the presumption)[65].

However, the decision is indicative of the evolution. And, in combination with a recent statutory amendment enabling acquirors to pre-pay some or all of the merger consideration to appraisal petitioners in order to limit the accrual of interest on an eventual fair value award in an appraisal proceeding, it should be able to reassure acquirors; that is to provide them with some comfort on Delaware's courts reluctance to second-guess in such context the price resulting from competitive, arm's-length bargain, absent unusual circumstances.

---

[61] M. D. CAIN, J. E. FISCH, S. D. SOLOMON, S.T. RANDALL, *op. cit.*, p. 36.

[62] *SeeHuff Fund Inc. Inv. Partnership v. Ckx, Inc.*, 2013 Del. Ch. LEXIS 262 (Del. Ch. 2013), aff'*d*, 2015 Del. LEXIS 77 (Del., Feb. 12, 2015); *Merion Capital L.P. v. Lender Processing Servs.*, C.A. No. 9320-VCL (Del. Ch. Dec. 16, 2016). *In re Appraisal of PetSmart, Inc.*, C.A. No. 10782-VCS (Del. Ch. May 26, 2017) the Court reaffirmed the trend of increasing reliance on the merger price to determine appraised "fair value", every time sales process involved "meaningful competition" and the target company projections available for a discounted cash flow analysis were unreliable. But *In re Appraisal of SWS Group Inc.* (May 30, 2017), the same Court of Chancery, this time relying on a discounted cash flow analysis, determined that the appraised "fair value" of SWS Group, Inc. (the "Company") was below the merger price paid by acquiror Hilltop Holdings, Inc.

[63] *DFC Global Corp. v. Muirfield Value Partners, L.P.*, No. 518, 2016 (Del. Aug. 1, 2017).

[64] As predicted by M. D. CAIN, J. E. FISCH, S.D. SOLOMON, S.T. RANDALL, *op. cit.*, p. 37. Indeed, such presumption (that the merger price represents the fair value of the target company's stock), coupled with the 2016 legislative reforms on the matter, would have struck dramatically the use of appraisal litigation for these purposes.

[65] The Court noted that it would have been too hard to specify, "on a general basis, the precise precondition" to establish a presumption of that kind; but added: "As our preceding discussion presages, our refusal to craft a statutory presumption in favor of the deal price when certain conditions pertain does not in any way signal our ignorance to the economic reality that the sale value resulting from a robust market check will often be the most reliable evidence of fair value, and that second-guessing the value arrived upon by the collective views of many sophisticated parties with a real stake in the matter is hazardous".

7.Outside of The First State – as it is nicknamed –, New York Court of Appeals has rather promptly followed M&F Worldwide authority[66].

But a bit slower and indeed uncertain appears the progression of *Trulia*'s take-up. It could be the result – maybe just in part – of the non-adversarial process – that *Trulia* set out to correct –, as parties presenting disclosure settlements outside of Delaware have little reason to cite newer Delaware authority[67].

Recently, the New York courts have examined the matter. To be honest the revision of the rule and the application of a greater scrutiny to this kind of settlements had commenced by these courts almost simultaneously than in Delaware[68].

The Empire State judges have expressly recalled *Trulia* and, in a comparative analysis with the standard of routinely validation previously applied in New York, have considered no longer sustainable, in this context, the countenance of settlement granting stockholders just a generic "benefit".

Nevertheless, they have not (yet) embraced *Trulia*'s strictness. In a public company M&A litigation, *City Trading Fund v. Nye*, the Court has – twice – declined to approve a disclosure-only settlement, openly described by the judges as a "peppercorn and a fee" one[69]. But in another case, pending the remanding of *City Trading Fund*, the Appellate Division adopted a more lenient approval standard for these settlements than the one followed by Delaware's courts[70].

Rather interestingly, a patent distrust for disclosure-only settlements seems to be spreading in federal jurisdiction. In *In Re Walgreen Co. Stockholder Litigation*[71], the Court, following *Trulia* and with an eminent opinion,refused to validate a disclosure-only settlement. And so it occurred in another by now famous case, some months later: *In Re Subway Footlong Sandwich*[72].

Here, the Court affirmed that a class action seeking "only worthless benefits for the class" and yielding only "fees for class counsel" is "no better than a racket" and "should be dismissed out of hand"[73].

---

[66]*SeeIn re Kenneth Cole Prod., Inc., Shareholder Litigation*, 2016 WL 2350133 (2016), superseding *Alpert* v. *28 Williams St. Corp.,* 63 N.Y.2d 557 (N.Y. 1984). The Court affirmed that "the *MFW* standard properly considers the rights of minority shareholders [...] and balances them against the interests of directors and controlling shareholders in avoiding frivolous litigation and protecting independently-made business decisions from unwarranted judicial interference" (at 12-13).

[67] W. B. CHANDLER, A. A. RICKEY, *op. cit.*, p. 146.

[68]*Ibid.*, p. 151.

[69]*City Trading Fund v. Nye*, 2018 WL 792283 (N.Y. Sup. Ct., Feb. 8, 2018), finding the supplemental disclosures "utterly useless to the shareholders". Previously, Justice Kornreich had already denied the approval of the settlement, but that decision had been reversed by the New York Supreme Court, Appellate Division and remanded for a fairness hearing: *City Trading Fund v. Nye*, 144 A.D.3d 595, 21 (N.Y. App. Div. 2016). In the meantime, the Appellate Division had also decided *Gordon v. Verizon Communications, Inc.*, 148 A.D.3d 146 (N.Y. App. Div. 2017).

[70]*Gordon v. Verizon Communications, Inc.*, cit.

[71]*In Re Walgreen Co. Stockholder Litigation*, 832 F.3d 718 (7th Cir. 2016).

[72]*In Re Subway Footlong Sandwich Marketing and Sales Practices Litigation*, 869 F.3d 551 (7th Cir. Wis. Aug. 25, 2017), reversing district court decision and remanding the case.

[73]*In Re Walgreen Co. Stockholder Litigation*, cit., at 724, also quoted by *In Re Subway Footlong Sandwich Marketing and Sales Practices Litigation*, cit., at 554.

8. Although latest federal cases and even New York cases demonstrate that disclosure-only settlements will no longer be approved simply as a matter of course, the escape from Delaware is far from being warded off.

No doubt that, in the past, courts' predisposition to approve "disclosure settlements of marginal value and to routinely grant broad releases to defendants and six-figure fees to plaintiffs' counsel in the process have caused deal litigation to explode in the United States"[74]. But just halting such inclination it is no guarantee for a rebalancing.

The litigation system, with its opportunities and incentives, combined with the American federalism, makes perhaps the framework so intricate that even the expert Delaware's corporate constituents can have a hard time to manage.

Situation is fluid. The dynamic nature of the merger litigation shows that the pattern is highly adaptive; and the inter-jurisdictional competition reactivated by latest changes in Delaware law is largely still a game to be played.

But according to some, the ban on fee-shifting bylaws is a "self-inflicted wound" that seriously "threatens to undermine Delaware's profitable position as the leading state of incorporation"[75]. The critics remark that it could trigger a further competition among jurisdiction and induce "more conservative states (think, Texas)" to adopt statutes authorizing fee-shifting bylaws, so "lur[ing] companies to reincorporate there to exploit their tolerance for such provision"[76].

In this view, S.B. 75 could even cause to Delaware what the Seven Sisters Act did to New Jersey: by significantly altering the cost-benefit calculus of incorporation decisions it might tempt incorporators to establish companies elsewhere[77].

The reason for such mistake – according to these opinions – is that "the local bar has captured the State's legislative process"[78]. The historic and reasonable relationship between the corporate bar and the state government – that made the fortune of Delaware corporate law – could have been distorted in part, with the mentioned implication, potentially destructive for Delaware's dominance[79].

Besides, an additional element should also be taken into account: the intensification of federal incursion into corporate matter. Pursuant to Sarbanes-Oxley Act (of 2002) and

---

[74] *In re Trulia, Inc. Stockholder Litigation*, cit., 894.

[75] S. M. BAINBRIDGE, *Fee-shifting: Delaware Self-inflicted Wound*, cit., p. 876.

[76] J. C. COFFEE, JR., *op. cit.*, also quoted in S. M. BAINBRIDGE, *Fee-shifting: Delaware Self-inflicted Wound*, cit., p. 870.

[77] In 1913, New Jersey adopted the so-called "Seven Sisters Acts", a package of legislation that collectively made that state much less attractive to incorporators. Correspondingly, Delaware swooped in and attracted a flow of New Jersey corporations. *Ibid.*, p. 869.

[78] *Ibid.*

[79] C. ELSON, *op. cit.*, pp. 231-7. Of utmost interest, the facts there reported regarding a recent Chancery Court decision (*In the TransPerfect Derivative Litigation*, C.A. No. 9700-CB, 2016): "Chancellor Bouchard ordered the dissolution of a privately-held corporation on deadlock grounds. While he applied well-established closed-corporation law principles, one of the parties, in an effort to reverse the Chancellor's decision, engaged in a massive statewide public relations campaign to persuade the Legislature to amend the state's corporate statute in the area.24 Petitions, rallies, editorials, radio and newspaper advertisements under the moniker «Citizens For a Pro-Business Delaware» were initiated to short-circuit the traditional corporate law reform process. The effort did not have the support of the Delaware corporate bar and there was significant opposition to the disappointed party's efforts. Nevertheless, should this attempt have been successful and a precedent set for a private litigant expending funds to co-opt the bar's traditional rule in the development of the state's corporate law, Delaware' dethronement would be rapidly advanced".

Dodd-Frank Act (of 2010), state regulation has been definitely displaced in areas such as audit oversight and executive compensation. The increasing federal intervention and the reduction of differentiation between applicable state regulations diminish Delaware's competitive advantage[80]; and it could dramatically change the result of cost evaluation of incorporating in Delaware.

In other words, such factor, if it progresses, might have a non-negligible potential to accelerate the shift initiated by the illustrated disincentives; and all this, without an unquestionably beneficial effect on the level of corporate litigation.

Thus, considering that all the arguments on the decline of Delaware's dominance, vividly highlighted in past years by some studies[81], are now rejuvenated by the new trends, the image of a cold winter approaching the First State can be not far from reality.

If this is just a seasonal cycle, although prolonged, it remains to be seen.Still, it is not easy to resist the conclusion that the summer of Delaware's corporate law could become just a distant memory.

[80]*Ibid.*, p. 226.

[81]Delaware firms were already increasingly more likely to be sued, and more likely to face multiple lawsuits, than firms incorporated in their home state; there was an increasing likelihood that takeover litigation against Delaware companies would entirely bypass the Delaware courts; the number of cases and publicly available opinions on these matter were already increasing outside of Delaware – and not because Delaware courts were at that time receiving fewer suits, nor writing fewer opinions, rather because there was a lager number of lawsuits and opinions outside Delaware. J. A. ARMOUR, B. BLACK, B. CHEFFINS, *op. cit.*, pp. 605-656

BIOBANCHE DI RICERCA E MODELLI REGOLATIVI

ALESSANDRA CORDIANO

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il problema teorico ricostruttivo del materiale biologico. – 3. Il profilo incorporeo del materiale biologico: le informazioni genetiche. – 4. Modelli di circolazione giuridica *vs* interesse del disponente. – 5. Il modello relazionale fra regole di consenso e vincoli di solidarietà. – 6. Il fenomeno della sovrapproduzione normativa e la stratificazione di fonti: dal vincolo alla persuasione.

1. L'evoluzione della dottrina dei diritti della personalità, unitamente al progresso scientifico e tecnico, ha prodotto una serie indefinita di possibili autodeterminazioni del sé "corporale", riconducibili al concetto sintetico di *salute*[1]. La salute, in questo senso, rimane più che altro una forma di espressione della garanzia di una pluralità di situazioni soggettive, anche molto diverse fra loro[2].

La consolidata prospettiva individuale del diritto alla salute, come uno *stato completo di benessere fisico, psichico e sociale*[3], ha attraversato una riflessione dottrinale profonda, che ha condotto a constatare la definitiva insufficienza, e il relativo superamento, dell'esclusivo riferimento al disposto codicistico di cui all'art. 5 c.c. e ai criteri in esso contenuti per la composizione dei conflitti in materia: la liceità di un atto di disposizione, che soddisfi i criteri della diminuzione non permanente dell'integrità fisica e della non contrarietà alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume, non equivale a ritenere adeguatamente protetto il bene salute[4]. La *ratio* originaria della norma, che intendeva preservare la libertà individuale attraverso una certa disponibilità, anche patrimoniale[5], del proprio corpo, assieme a un controllo pubblico sull'esercizio delle facoltà discendenti da detta disposizione, si palesa insufficiente alla puntuale attuazione della funzione predetta. La garanzia della salute corrisponde, evidentemente, a un'integrale tutela della persona umana, per essere una situazione esistenziale dell'individuo, prima che interesse della collettività, e richiedendo, per la sua realizzazione, gli strumenti giuridici idonei alla sua conservazione e promozione[6].

Analogamente, appare inadeguata la tutela della dimensione individuale del diritto alla salute attraverso la protezione dell'integrità fisica. La non coincidenza dei due concetti è

---

[1] Il presente lavoro rielabora un contributo inviato per gli studi in onore del Prof. G. Tatarano.

[2] *Ex multis*, T. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, p. 153 ss.; M. BESSONE, *Segreto della vita privata e garanzie della persona*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1130 ss.; A. D'ANGELO, *Lesione dell'identità personale e tutela riparatoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, I, 2, c. 515 ss.; M. DOGLIOTTI, *Tutela dell'immagine e provvedimenti d'urgenza*, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2336 ss.

[3] P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1982, p. 309 s.; nonché C.M. D'ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, p. 1012 s. Sul concetto dinamico di tutela della salute, si veda anche M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. dir. priv.*Rescigno, II, 1, 1999, p. 118 ss. Sull'ampiezza del concetto, G. PRODI, voce *Salute/malattia*, in *Enc. Einaudi*, XII, 1981, part. p. 423

[4] M. BESSONE e G. FERRANDO, voce *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 200.

[5] L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI e U. NATOLI, *Diritto civile, 1.1, Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino, 1987, p. 156.

[6] M. BESSONE e G. FERRANDO, voce *Persona fisica (dir. priv.)*, cit., p. 200 s.; nonché M. BESSONE e V. ROPPO, *Diritto soggettivo alla "salute", applicabilità diretta dell'art. 32 della Costituzione ed evoluzione della giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 1974, p. 767 ss.

ben chiara, laddove si evidenzi che l'integrità fisica corrisponde a un aspetto esteriore della persona, perché riferibile alla individualità materiale del soggetto, al contempo statico; la salute, invece, attiene ad un concetto più ampio, che comprende anche l'integrità fisica, ma coinvolge aspetti interiori del soggetto, anche in chiave psichica e sociale, in continua evoluzione e, quindi, dinamici[7]. Anche qualora correttamente si intenda il valore dell'integrità come comprensivo di un àmbito psichico, accanto ad uno fisico e corporale, è il paradigma della disponibilità come principio (art. 5 c.c.) e dell'integrità psicofisica quale limite, a risultare oramai insufficiente ad affrontare e risolvere, anche in termini promozionali, le innumerevoli questioni che coinvolgono il diritto alla salute[8], prima fra tutte quella relativa alle scelte rimesse alla libertà di autodeterminazione del soggetto[9], area tradizionalmente proclamata libera.

Tuttavia, la relazione fra il principio dell'integrità fisica e la disposizione di cui all'art. 5 c.c. è stata per molto tempo il riferimento più significativo, giacché l'integrità psicofisica si è posta come uno dei luoghi, il privilegiato per lungo tempo, di estrinsecazione del principio generale di disponibilità e di realizzazione, in definitiva, della salute individuale[10]. Nondimeno, l'avvento massivo e determinante della tecnologia nei progressi scientifici e medici lascia insoddisfatta la tutela della salute per il mezzo dell'integrità psicofisica[11] e, per essa, mediante il principio di libera disposizione del corpo. Così, se pure l'integrità psicofisica rimane presupposto indefettibile e immanente all'individuo, restando il luogo privilegiato degli scontri e delle aspirazioni dell'individuo – e la salute, nella pienezza del suo significato, rappresenta ancora lo strumento per la risoluzione dei conflitti[12]–, lo scenario appare mutato: mentre in un contesto normativo, quale quello dell'art. 5 c.c., il conflitto era risolvibile attraverso la tutela delle libertà individuali della persona, già la protezione accordata dall'art. 32 Cost. vede lo scontro entrare nel campo delle esigenze della produzione e del capitalismo avanzato e la tutela rivolgersi all'individuo e al proprio ambiente nei confronti della mercificazione della "società opulenta"[13].

Il passaggio da una logica produttivistica del corpo[14] alle nuove relazioni fra il soggetto e la sua stessa corporeità e integrità fisica, latamente intesa, ha reso enucleabili situazioni di significativa rilevanza che specificano ulteriormente il concetto di salute. Oggi la tutela

---

[7] Così M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. dir. priv.*Rescigno, cit., p. 118.

[8] Ancora M. BESSONE e G. FERRANDO, voce *Persona fisica (dir. priv.)*, cit., p. 201.

[9] In questo senso, M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. dir. priv.*Rescigno, cit., p. 118.

[10]*Ex multis*, D. MESSINETTI, *Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 226 ss.; M. BESSONE e G. FERRANDO, voce *Persona fisica (dir. priv.)*, cit., p. 201; C.M. D'ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, cit., p. 1016 ss.; ID., *Trapianto di fegato: una legge inutile o nociva? Alcune riflessioni sulla donazione di organi fra persone viventi*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 1193 ss.; sulla meritevolezza degli atti dispositivi, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 308 ss., part. p. 311.

[11]S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 14, così descrive il fenomeno, con riguardo alla questione delle informazioni: "Così le tecnologie investono la sfera privata, nella sua fisicità (il corpo) e nella sua dimensione immateriale".

[12]C.M. D'ARRIGO, *Trapianto di fegato: una legge inutile o nociva? Alcune riflessioni sulla donazione di organi fra persone viventi*, cit., p. 1185, in nota n. 4.

[13] La ricostruzione storica è di M. BESSONE e G. FERRANDO, voce *Persona fisica (dir. priv.)*, cit., p. 218 s. Sull'espressione "società opulenta" e per un'ampia disamina di questi temi, L. MARCUSE, *La liberazione della società opulenta*, in D. COOPER (a cura di), *Dialettica della liberazione: integrazione e rifiuto della società opulenta*, Torino, 1970, p. 181 ss.; nonché G.J. KENNETH, *La società opulenta*, Torino, 1972, *passim*.

[14] Sull'impostazione tradizionale del tema, L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 1117.

della salute si svolge nello scenario della tecnica, dell'ingegneria genetica e delle manipolazioni del patrimonio ereditario. In questa prospettiva, anche la dimensione collettiva della salute appare mutata, per essere, la stessa, qualificazione e determinazione antropologica e ontologica dell'uomo, come "essere di genere"[15].

Il mutamento sostanziale è "di luogo dello scontro": dal campo dell'integrità fisica a quello, niente affatto inusitato, dell'identità personale[16], da cui l'autodeterminazione promana. Detto mutamento consente una rilettura della salute, che valica i confini angusti dell'art. 32 Cost., per confermarne la fondamentale dimensione individuale e riscoprire un luogo appropriato per accedere a quella dimensione collettiva e futura della sua tutela, che protegga l'individuo da aggressioni che minino la sua identità, come individuo e in una prospettiva più generale, su un piano antropologico di "esseri di genere"[17]. Allo stesso tempo, l'identità personale consente al principio di autodeterminazione di offrire un modello giuridico che sia garantistico[18], assiologicamente orientato ai valori costituzionali del solidarismo e del personalismo[19].

Il tratto saliente che si scorge sul fondo di questo delineato percorso è il passaggio dall'area classica dell'integrità psicofisica – e, quindi, della corporeità come strumento essenziale per la tutela della salute – all'area della manipolazione (anche ontologica) dell'essere umano e del corpo umano. Detta manipolazione opera per il tramite di quel concetto sintetico individuato con il termine "tecnica": per un verso, essa spinge a rimodulare i tradizionali confini ontologici dell'essere umano, per il fatto di giungere a penetrare nell'essenza del patrimonio genetico[20]; per altro verso, induce a rimeditare sulle attestate categorie disciplinanti i rapporti nei riguardi del corpo, non solamente verso i terzi, ma anche di quelli dello stesso soggetto verso la propria corporeità. La classica tutela individuale della salute, infatti, mediata dall'integrità psicofisica, ne riconosceva all'individuo la titolarità pressoché assoluta, insieme al dominio esclusivo sui rapporti del proprio corpo con l'esterno[21]. Tuttavia, questa acquisita "frantumazione assiologica"[22] e la sostanziale moltiplicazione dell'integrità

---

[15]J. HABERMAS, *Il futuro della genetica umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002, p. 31 ss.

[16] Così D. MESSINETTI, *Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, cit., p. 197: il termine identità "viene impiegato per trasferire nel campo dei diritti tutta una serie di libertà che costituiscono potenzialità essenziali per l'uomo nella società moderna", e "presenta indubbi vantaggi in una prospettiva che voglia promuovere la riflessione e la pratica dei c.d. diritti fondamentali". In tema *privacy,* G. COMANDÈ, *Circolazione elettronica e regolazione settoriale: spunti ricostruttivi su "interferenze sistematiche"*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, in F. RUSCELLO (a cura di), I, Napoli, 2008, p. 279 ss., e p. 292 ss., particolarmente sui profili rimediali. Su questi aspetti ancora, D. MESSINETTI, *Identità telematiche, identità individuale,* nick name. *Il problema delle tutele giuridiche*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, I, Milano, 2008, p. 75 ss. e part. p. 78, laddove l'A. parla del mutamento del concetto di identità e delle così dette *relazioni liquide*. Sulla liquidità delle relazioni, Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002, *passim*.

[17] Così J. HABERMAS, *Il futuro della genetica umana. I rischi di una genetica liberale*, cit., p. 31 ss.

[18] Ancora D. MESSINETTI, *Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, cit., p. 198, parla dell'identità come "intangibilità della sfera di garanzia".

[19]D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 137, part. p. 153, parla della persona, come principio cognitivo e criterio ermeneutico unificante.

[20]Sul tema delle biobanche in prospettiva di tutela individuale e collettiva, M.G. MIGLIAZZO, *Biobanche: dalla tutela individuale alla dimensione collettiva. Discipline a confronto. Aspetti, problematici in un'ottica di classificazione delle biobanche*, in *ForumBiodiritto*, 2012, p. 93 ss.

[21] "L'immagine del corpo come entità governata unicamente dall'interessato si appanna fino a scomparire", afferma S. RODOTÀ, *Il corpo e il post-umano*, in F. RUSCELLO (a cura di), *Studi in onore di Davide Messinetti*, I, cit., p. 841; ID., *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 571 ss.

[22]C.M. D'ARRIGO, voce*Integrità fisica*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 723 ss.

fisica in specificazioni sempre più numerose, agevolate dal progresso scientifico e tecnico, porta, quasi necessariamente, a constatare un ulteriore mutamento del "luogo (metaforico) dello scontro": la tutela della salute si svolge avendo come scenario la tecnica, l'ingegneria genetica e le manipolazioni del patrimonio ereditario; i confini dello stesso "umano" sono diventati "mobili"[23] e i limiti della corporeità si sono fatti ulteriormente più evanescenti, richiedendo nuovi strumenti di tutela e la rivalutazione costante delle categorie giuridiche anche più assodate.

2. Una delle questioni centrali, che afferiscono alla *salute* sinteticamente intesa, riguarda le disposizioni negoziali relative al proprio materiale biologico, con ciò comprendendo sia il materiale umano da utilizzare direttamente per impianti su individui, sia il materiale che viene conservato per la ricerca, sia, in ultima analisi, ciò che i campioni biologici intrinsecamente contengono: una fonte preziosa di informazioni genetiche[24].

In particolare, il materiale biologico esprime in maniera paradigmatica la dicotomia essenziale fra *corpo che si è* e *corpo che si ha*[25], poiché, pur collocandosi al di fuori del contesto proprio dell'art. 5 c.c., si situa pienamente nel percorso individuato dal generale principio di (in)disponibilità del proprio corpo sino alla salute autodeterminativa e all'identità personale. Per un verso, infatti, la ricerca e la sperimentazione sul materiale biologico riproducono, indirettamente e metaforicamente, una forma di ricerca e sperimentazione sull'individuo, riproponendo almeno in parte i problemi etici e giuridici tipici del tema[26]. Per altro verso, il materiale biologico depositato e conservato nelle biobanche di ricerca, perdendo la tipica "unità funzionale"[27] che sovente caratterizza le disposizioni del sé corporale e che consente di mantenere quel nesso inscindibile corpo-individuo-autodeterminazione personale, si astrae dall'individuo e acquisisce una autonoma oggettivazione che è destinata ad incidere sulla natura giuridica del bene e, di qui, sulle possibilità di circolazione giuridica, nonché sul modello prescelto della circolazione giuridica stessa.

Al contempo, la stratificazione e la sovrapposizione delle fonti che disciplinano il fenomeno rende ardua una sua regolamentazione, in ragione di una produzione normativa multilivello e della funzione suppletiva delle norme di *soft law*, le quali, incrociandosi e sovrapponendosi a norme secondarie, evidenziano una crisi profonda del sistema delle fonti ed esprimono una tutela giuridica ambigua.

In un contesto nel quale i confini dello stesso "umano" sono diventati vieppiù mobili e dove l'idea del corpo come entità dominata unicamente dal soggetto interessato perde i suoi netti confini, offerti tradizionalmente dalle regole proprietarie, la questione delle biobanche di ricerca risulta fortemente complessa rispetto alle modalità di acquisizione, di utilizzo e di conservazione del materiale biologico, unitamente alla questioni, a tratti inedite, concernenti la riservatezza sul piano delle informazioni genetiche, correlate al materiale

[23] Così S. RODOTÀ, *Il corpo e il post-umano*, cit.,p. 838.
[24] M. TALLACHINI, *Retorica dell'anonimia e proprietà dei materiali biologici umani*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato*, Milano, 2003, p. 171 s.
[25] Sul tema, le pagine di I. KANT, *Lezioni di etica*, Bari, 1991, p. 189 ss.; per una ricostruzione storica, A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà*, Milano, 2001, p. 158 ss.
[26]Così M. TALLACHINI, *Retorica dell'anonimia e proprietà dei materiali biologici umani*, cit., p. 172; distingue invece il tema delle sperimentazioni sull'individuo da quello delle biobanche, M. MACILOTTI, *Consenso informato e biobanche di ricerca*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 165.
[27]S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 184 ss.

stesso[28]. La ricostruzione teorico-giuridica del materiale biologico, in altre parole, incide sostanzialmente sulla modalità della circolazione giuridica e si correla intrinsecamente con l'interesse sotteso alla disposizione negoziale e, in ultima analisi, con i confini della ricerca scientifica.

Lungi dall'essere assiologicamente neutro, l'atto di disposizione del materiale biologico dell'individuo non può coincidere con l'automatica perdita di ogni interesse connesso con la stessa disposizione, di modo che, alla cessione della parte del proprio corpo corrisponda l'estinzione della situazione soggettiva correlata. Se così fosse, ne verrebbe a configurare anche la dismissione del fascio di poteri intimamente connessi all'atto di disposizione, quali l'accesso alla biobanca, la richiesta di recedere dalla ricerca, con il correlato diritto alla distruzione materiale del campione biologico, sulla scorta dell'opposizione per un motivo legittimo o in virtù di un generale potere di revoca[29], il diritto di godere dei benefici derivanti dagli esiti della ricerca. Analogamente, appare insufficiente supportare l'argomento della perdita dell'interesse, e del complesso di situazioni giuridiche ad esso connesso, attraverso lo strumento dell'anonimizzazione del materiale biologico: le biobanche di ricerca divergono a tal punto fra loro, per tipologia del contenuto, per provenienza del materiale e, soprattutto, per la finalità sottesa alla ricerca, che l'anonimia, quando non è proprio una mera finzione per il mezzo dei soli codici numerici, risulta irrealizzabile per le peculiarità della ricerca[30] o sfavorevole per il partecipante, non consentendo di godere dei benefici ottenuti.

Allo stesso tempo, una soluzione semplicistica, che allochi il potere giuridico di controllo sul materiale in capo al soggetto-disponente o, viceversa, all'ente di ricerca, risulta foriero di effetti devianti: ove si scegliesse l'individuo (paziente o meno che sia) quale titolare del potere di controllo sul materiale, l'esito sarebbe una sostanziale paralisi dell'attività di ricerca - in virtù della regola del consenso su ogni singolo (o secondario) utilizzo del materiale stesso. Diversamente, l'allocazione all'ente di ricerca e la perdita presunta di qualsivoglia interesse, insieme al contestuale dismissione di ogni situazione soggettiva in capo al cedente, oltre a privarlo di ogni beneficio futuro, recherebbero in sé ragionevoli rischi "politici" sulla scelta di quali ricerche portare avanti e sull'uso degli esiti a cui le ricerche stesse pervengono[31].

La ricostruzione della natura giuridica dei campioni biologici mostra aspetti peculiari, che sfuggono ad una trattazione unitaria del tema: nella loro dimensione prettamente materiale, infatti, potrebbero essere sottoposti alle categorie e al regime proprio del diritto di proprietà, nonché ai poteri di godimento e disposizione e ai modi di acquisto a essa connessi, entro il contesto garantistico del principio di gratuità[32]. In questa direzione, nondi-

---

28 P.ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza: dalla sovranità alla proprietà*, in *Per uno statuto del corpo* a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, p. 69 ss.

29 S. VICIANI, *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 161 ss.

30 Ad esempio per necessità di *follow up*; v. M. MACILOTTI, U. IZZO, G. PASCUZZI, M. BARBARESCHI, *La disciplina giuridica delle biobanche*, in *Pathologica*, 2008, p. 86 ss. Sul celebre caso *Moore v Regents of the University of California*, descritto da M. MACILOTTI, *Consenso informato e biobanche di ricerca*, cit., p. 159. In tema, si veda già S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo giuridificato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 475 ss.

31 Così, M. MACILOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2008, p. 232

32 Così M. MACILOTTI, *Consenso informato e biobanche di ricerca*, cit., p. 158 ss. Le Linee guidasulla certificazione delle biobanche, approvate del Comitato nazionale per la biosicurezza e le biotecnologie presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, in data 19 aprile 2006, sanciscono espressamente, a p. 33 ss. del relativo documen-

meno, la disponibilità del materiale biologico di per sé potrebbe anche non attribuire al titolare un vero e proprio diritto di proprietà, bensì unicamente un diritto di uso dello stesso[33], trasmissibile a terzi attraverso lo strumento del consenso, mezzo del trasferimento ed esplicitazione del diritto del soggetto di autodeterminarsi e di costruire adeguatamente una propria identità. Né tanto meno vale, a questo riguardo, richiamarsi allo statuto della proprietà immateriale, posto che la dimensione immateriale dei dati genetici è costituita dal profilo informazionale, che ha, invece, una caratterizzazione tipicamente personale: il materiale biologico, come "reificazione"[34] soggettiva, rimanda all'identità, all'essenzialità e all'unicità dell'individuo a cui il materiale stesso si riferisce.

La complessità della questione è percepibile, considerando che le due dimensioni richiamate – l'una materiale, l'altra immateriale – non necessariamente coincidono, rispettivamente, con una circolazione che si svolge all'interno di categorie mercantili e nel contesto dello scambio non negoziale[35]. Viceversa, può accadere che alle due dimensioni corrisponda, e spesso corrisponde, un regime giuridico differente o, meglio, un assetto rimediale indirizzato a scopi diversi. A titolo d'esempio, basta rinviare alla previsione di cui al punto 6 dell'autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici del 2007, che prevede un obbligo di distruzione del campione biologico nel caso in cui l'interessato revochi il consenso al trattamento dei dati per scopi di ricerca, salvo che, in origine o a seguito di trattamento, il campione non possa più essere riferito ad una persona identificata o identificabile. I medesimi concetti sono ripresi nella successiva – e vigente – autorizzazione generale n. 8 del 15 dicembre 2016, emanata in conformità della Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani dell'Unesco (art. 18) e della Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R(2016)6 sulla ricerca su materiale biologico di origine umana (art. 19), rispondendo all'esigenza di regolare il trasferimento all'estero del materiale biologico e dei relativi dati personali e di garantire che i paesi di destinazione assicurino una protezione adeguata.

Sotto altro profilo ancora, i campioni biologici e i dati genetici possono essere conservati per il periodo di tempo non superiore a quello strettamente necessario. Essi devono essere periodicamente controllati e aggiornati, quanto alla loro esattezza, nonché alla loro pertinenza, completezza, non eccedenza e indispensabilità rispetto alle finalità perseguite; vi è poi il vincolo, per quelli risultati eccedenti o non pertinenti o non indispensabili, di non utilizzabilità. Infine, ovviamente, per i dati genetici in merito ai quali il titolare abbia revocato il consenso o abbia espresso opposizione per motivi legittimi, vi è l'obbligo della cancellazione[36].

Queste brevi esemplificazioni dimostrano la configurabilità di strumenti rimediali differenti e di modelli di circolazione discordanti, non incidendo però sul contesto mercantile o meramente di scambio, all'interno dei quali la circolazione delle informazioni può avvenire. L'articolazione del problema si snoda attraverso una prima considerazione del momento esistenziale – che afferisce alle informazioni e, quindi, più in generale, del tema largamente

---

to, un principio di gratuità, emblematicamente individuato dalla locuzione "non profit", dell'acquisizione del materiale, senza escludere una successiva negoziazione del materiale biologico ad altro titolo.

[33]M. MACILOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, cit., p. 222, con riguardo al regime giuridico dei campioni biologici contenuti nelle banche di ricerca; part. p. 228 ss., con riferimento ai dati genetici.

[34]M. MACILOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, cit., p. 230.

[35] Sulle differenti dimensioni della circolazione dei beni e sulle categorie mercantili, D. MESSINETTI, *I princìpi generali dell'ordinamento. Il pluralismo delle forme del linguaggio giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 33 ss.

[36]M. MACILOTTI, *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, cit., p. 220 s.

inteso dei diritti della personalità. Proprio il tema dei diritti della personalità, difatti, ha tradizionalmente privilegiato una dimensione strettamente individuale di questi, sovente tralasciando un'analisi *anche* della dimensione relazionale del soggetto, che potesse far cogliere anche altri profili delle situazioni esistenziali, andando così oltre i classici dogmi della indisponibilità, intrasmissibilità, irrinunciabilità e imprescrittibilità[37]. Non si può affermare, in questa prospettiva, che il modello di appartenenza e di circolazione, impresso anche dalla disciplina sul trattamento dei dati personali, escluda di per sé la configurabilità di assetti negoziali degli interessi afferenti ai diritti della personalità[38]. Né si può dire che la previsione del consenso traslativo al trattamento, quale espressione di una struttura esistenziale perché autodeterminativa, contrasti con un modello proprietario e appropriativo[39]. Tradizionalmente intesa, la dimensione personalistica delle disposizioni negoziali, se talvolta esclude le logiche di mercato, non per questo non accede a regole di scambio[40].

3. Il rilievo sostanziale dei dati genetici – quale contenuto informativo del materiale biologico – risulta evidente, ove si analizzino alcuni degli aspetti più rilevanti del trattamento dei dati personali: il controllo sulle informazioni si riverbera, infatti, sui profili di riservatezza e di identità del soggetto, rappresentando un momento essenziale dell'autodeterminazione personale. Ciò coinvolge non solamente la gestione dei dati concernenti la salute latamente intesa, ma anche la manifestazione di volontà in ordine alla stessa conoscenza dei dati o, viceversa, al rifiuto della divulgazione. La peculiarità interpersonale e relazionale che caratterizza le informazioni genetiche si riverbera anche sul controllo sulla diffusione delle informazioni, accedendo al contesto delle relazioni familiari e coinvolgendo le questioni relative all'accesso a terzi alle informazioni, che potrebbero ingenerare profili discriminatori di non poco rilievo[41].

Nondimeno, l'essenzialità – nei termini anzi detti – delle informazioni genetiche con riferimento all'autodeterminazione, all'identità e alla salute del soggetto (non necessariamente paziente) sconta una lacuna sull'aspetto propriamente definitorio. L'assenza di una vera definizione giuridica relativa ai dati genetici emerge anche all'interno del "Codice in materia di protezione dei dati personali"[42], il quale, di là dal regime di cui all'art. 90, si riferisce ai dati genetici come, a titolo esemplificativo, a quella tipologia di informazioni che possono implicare maggiori rischi di un danno all'interessato (art. 55 cod. *privacy*)[43].

---

37 Si confrontino, pur in un tema affine, le considerazioni di F. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione, nella disciplina dei dati personali*, in *Danno resp.*, 1998, p. 613 s.

38 F. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione, nella disciplina dei dati personali*, cit., p. 614.

39 D. MESSINETTI, *I princìpi generali dell'ordinamento. Il pluralismo delle forme del linguaggio giuridico*, cit., p. 35.

40 Così, nuovamente, D. MESSINETTI, *I princìpi generali dell'ordinamento. Il pluralismo delle forme del linguaggio giuridico*, cit., p. 36 s. Sul passaggioche transita attraverso il modello proprietario al sistema giuridico della riservatezza, nuovamente G.B. FERRI, Privacy*, libertà di stampa e dintorni*, cit., p. 140 ss.

41 Sull'argomento, diffusamente, F. CAGGIA, *Il trattamento dei dati sulla salute, con particolare riferimento all'àmbito sanitario*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO E V. RICCIUTO, *Il codice del trattamento dei dati personali*, Torino, 2007, part. p. 441 ss.; nonché L. CADIET, *La notion d'information génétique en droit français*, in *La génétique humaine: de l'information à l'informatisation* a cura di B.M. KOPPERS, L. CADIET, C. LABERGE, Paris, 1992,p. 63 ss.; E. PALMERINI, *Informazione genetica e tutela della persona*, Pisa, 2004, p. 46 ss.

42 Decreto legislativo. 30 giugno 2003, n. 196, d'ora in poi "cod. *privacy*".

43 Lo afferma R. LATTANZI, *Il trattamento dei dati genetici*, in C. BRESCIANI (a cura di), *Genetica e medicina predittiva: verso un nuovo modello di medicina?*, Milano, 2000, p. 292 ss., il quale lamenta il ritardo dell'ordinamento italiano

La successiva autorizzazione generale n. 8 del 12 dicembre 2013, oggi vigente, integra la precedente enunciazione e definisce altresì il dato genetico come "il risultato di test genetici o ogni altra informazione che, indipendentemente dalla tipologia, identifica le caratteristiche genotipiche di un individuo trasmissibili nell'ambito di un gruppo di persone legate da vincoli di parentela" (art. 1, lett. a); e il campione biologico come "ogni campione di materiale biologico da cui possono essere estratti dati genetici caratteristici di un individuo".

A questo riguardo, va richiamata la comunicazione del 7 maggio 1999[44], il Garante suggerisce di riferirsi alla raccomandazione 97/5 del Consiglio d'Europa, per sollecitare l'adeguamento ai criteri direttivi di quella, che contempla "tutti i dati, indipendentemente dalla tipologia, che riguardano i caratteri ereditari di un individuo o le modalità di trasmissione di tali caratteri nell'àmbito di un gruppo di individui legati da vincoli di parentela". Alla stessa raccomandazione rinvia, altresì, la legge sulla protezione dei dati personali, segnatamente alla disposizione di cui all'art. 12. Nella comunicazione ricordata, il Garante richiama le "Linee guida per i test genetici", approvate il 19 maggio 1998 dall'Istituto superiore di sanità e dal Comitato nazionale per la biosicurezza e le biotecnologie presso la Presidenza del Consiglio dei ministri[45]. Le successive "Linee guida per la certificazione delle biobanche", approvate del Comitato nazionale per la biosicurezza e le biotecnologie presso la Presidenza del Consiglio dei ministri in data 19 aprile 2006, recano una definizione, tuttavia non prescrittiva, non delle informazioni genetiche, ma del materiale biologico, come di quel materiale finalizzato a fornire le istruzioni necessarie all'acquisizione, al mantenimento e alla distribuzione di detto materiale[46]. La lacuna definitoria segnalata, tuttavia, non sminuisce la funzione determinante dei dati genetici e, in stretta correlazione, del materiale biologico, alla luce dell'identità personale e dell'autodeterminazione dispositiva dell'individuo, nei riguardi, da un lato, della sua salute e dell'evoluzione futura di questa, anche non in termini di certezza; dall'altro, della dimensione relazionale della salute stessa[47].

Sorretti dal dato normativo del Codice sulla *privacy* e a dispetto delle composite caratteristiche del genoma e delle differenti dimensioni che lo riguardano, si può sostenere l'inclusione delle informazioni genetiche all'interno della categoria dei dati personali, essendo irrilevante il supporto, in questo caso biologico, in cui l'informazione è contenuta[48]. La nozione di dati genetici, come quei dati che riguardano "i caratteri ereditari di un individuo o le modalità di trasmissione di tali caratteri nell'àmbito di un gruppo di individui legati da

---

nel recepire la sostanza dei problemi, che attengono al trattamento dei dati genetici, spiegandone almeno in parte le ragioni. Su detta lacuna, segnatamente, F. CAGGIA, *Il trattamento dei dati sulla salute, con particolare riferimento all'àmbito sanitario*, cit., p. 437 ss.

44 Il rimando è alla Comunicazione del Garante del 7 maggio 1999, dal titolo "*Privacy* e dati genetici", consultabile nel Bollettino ufficiale dell'8 marzo 1999, p. 9.

45 Le Linee guida sui test genetici in commento sono facilmente consultabili all'indirizzo *www.governo.it/biotecnologie/documenti/linee_guida_test_genetici.pdf, nel sito ufficiale del C.N.B.*

46 Queste Linee guida sul materiale biologico e sulle così dette Biobanche, sono rinvenibili all'indirizzo www.governo.it/biotecnologie/documenti/7.biobanche.pdf, nel sito ufficiale del C.N.B.

47Si vedano, altresì, per completezza le *Linee guida sui Responsabili della protezione dei dati personali*, del 13 dicembre 2016, emanate dal "Gruppo di lavoro sulla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali", istituito dalla direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995.

48 In questo senso, si esprime P.M. VECCHI, *Commento all'art. 1*, in *Tutela della privacy*,in *Commentario alla l. 31 dicembre 1996, n. 675*, in*Nuove leggi civ. comm.* a cura di C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI, 1999, p. 252; concorda E. PALMERINI, *Informazione genetica e tutela della persona*, cit., p. 17 ss.

vincoli di parentela"[49], si evince dall'attitudine dei dati genetici a fornire informazioni sulla persona in termini di unicità, individuando non solamente la persona stessa[50], ma pure il suo stato di salute presente e futuro o futuribile. Le informazioni genetiche possiedono, poi, per loro natura, anche un tratto predittivo, avendo la capacità di esprimere una conoscenza sullo stato di salute anche sulla discendenza futura e sulla famiglia genetica. Per queste ragioni, talvolta, i dati genetici si profilano come dati sanitari: assumono questa qualifica quando possiedono la potenzialità ad esprimere nozioni sullo stato di salute presente o futuro; non, invece, quando la loro raccolta e il loro trattamento sono riconducibili ad altre finalità, così che non sempre risulta agevole la riconduzione nell'alveo dei dati così detti sensibili[51]. Con riguardo a questo profilo, possono considerarsi dati sensibili quelle informazioni genetiche che vanno oltre la mera identificazione del soggetto, possedendo quel tratto di *genetic significance*[52]idoneo a rivelare lo stato di salute indicato dall'art. 4, primo comma, lett. d), cod. *privacy*[53]. A questa alta capacità identificativa[54] è correlato un ulteriore elemento di fissità e immutabilità dei dati genetici[55], che consente, inoltre, di ottenere un decisivo livello di certezza dell'informazione conseguita sia in termini di unicitàdella persona, sia rispetto ad una relazione genetica familiare. I dati genetici, infatti, vengono sovente utilizzati a fini investigativi[56] e nei procedimenti relativi all'attribuzione di uno stato di filiazione[57].

La rilevanza dei dati genetici ha condotto pure il legislatore nazionale, sulla spinta dell'adesione al Trattato di Prüm del 27 maggio 2005, in materia di cooperazione rafforzata in materia di immigrazione e di prevenzione dei reati, a costituire una sorta di *Archivio gene-*

---

[49] Lo osserva l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali nel provvedimento del 24 maggio 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 829, commentato da M. CATALLOZZI, *Dati sanitari e dati genetici: una frontiera aperta?*

[50] Su questo potere di identificazione, D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 358; nella dottrina francese, L. CADIET, *La notion d'information gènètique en droit français*, cit., p. 63 ss.; e M.I. MALAUZAT, *Le droit face aux pouvoir des données génétiques*, Aix en Provence, 2000, p. 84.

[51] Secondo L. PICOTTI, *Trattamento dei dati genetici, violazioni della* privacy *e tutela dei diritti fondamentali nel processo penale*, in *Dir. inf. inform.*, 2003, p. 693, i dati genetici sono riconducibili ad una pluralità di categorie. Per l'esclusione dei dati genetici dal regime peculiare dei dati sensibili R. LATTANZI, *Dati sensibili: una categoria problematica nell'orizzonte europeo*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 713 ss., part. p. 729.

[52] Ampiamente E. PALMERINI, *Informazione genetica e tutela della persona*, cit., p. 20.

[53] Rileva in chiave problematica questo aspetto, E. PALMERINI, *Informazione genetica e tutela della persona*, cit., p. 20 s., sottolineando che l'evoluzione scientifica consente di attribuire, a taluni dati genetici, una capacità propriamente identificativa; in questa prospettiva, v. anche la Convenzione di Strasburgo n. 108/1981, ratificata con l. 21 febbraio 1989, n. 98, sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale, che dichiara, all'art. 6: "I dati di carattere personale indicanti l'origine razziale, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o altri credo, nonché i dati a carattere personale relativi allo stato di salute ed alla vita sessuale, non possono essere elaborati automaticamente a meno che il diritto interno non preveda garanzia adatte".

[54] Sul potere di identificazione, M.I. MALAUZAT, *Le droit face aux pouvoir des données génétiques*, cit., p. 84 ss.

[55] Così E. PALMERINI, *Informazione genetica e tutela della persona*, cit., p. 34.

[56] L. PICOTTI, *Trattamento dei dati genetici, violazioni della* privacy *e tutela dei diritti fondamentali nel processo penale*, cit., p. 689 ss.; V. BARBATO, *Le banche dati tecnico-scientifiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1659 ss.

[57] Su questi aspetti, *ex multis*, L. LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione dellapaternità*, cit., part. p. 128 ss.; G. BISCONTINI, *Prove ematologiche e filiazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 487 ss.

rale del DNA, che contiene i dati relativi al DNA di condannati sul territorio allo scopo di costituire una rete di scambio istituzionale fra i Paesi aderenti[58].

Il panorama sommariamente esposto, probabilmente, è a fondamento del regime giuridico per la raccolta e il trattamento dei dati genetici, che, attraverso il combinato disposto degli artt. 90 e 55 cod. *privacy*, dispone che il trattamento dei dati genetici "da chiunque effettuato" sia consentito nei soli casi previsti da apposita autorizzazione rilasciata dal Garante, sentito il Ministro della salute, che acquisisce, a tal fine, il parere del Consiglio superiore di sanità. Il trattamento, poi, dovrà consentire all'interessato di conoscere specificamente le finalità perseguite e i risultati conseguibili, anche in relazione alle notizie inattese che possono essere conosciute per effetto del trattamento dei dati e al diritto di opporsi al medesimo trattamento per motivi legittimi. Il trattamento dei dati genetici nel contesto delle banche dati genetiche o biometriche, inoltre, viene reputato di particolare rischio per i soggetti interessati, così che esso deve essere effettuato "nel rispetto delle misure e degli accorgimenti a garanzia dell'interessato", prescritti ai sensi dell'art. 17 cod. *privacy* sulla base di una preventiva comunicazione ai sensi dell'art. 39[59].

Questo regime molto restrittivo, di fatto vincolante l'autonomia privata, è evidentemente volto a limitare l'attività economica di soggetti, quali le imprese assicuratrici, rispetto all'accesso e al trattamento dei dati genetici[60].Gli strumenti di garanzia predisposti dalla normativa nazionale sono ulteriormente integrati da molteplici interventi dell'Autorità Garante, la quale, nella più recente Autorizzazione generale n. 8 del 15 dicembre 2016 sul trattamento dei dati genetici, ne consente il trattamento agli esercenti le professioni sanitarie, in particolare ai genetisti medici, limitatamente ai dati e alle operazioni indispensabili per esclusive finalità di tutela della salute dell'interessato o di un terzo appartenente alla stessa linea genetica dell'interessato. A margine delle ipotesi positivamente previste, il Garante prescrive una successiva autorizzazione[61], che deve essere obbligatoriamente presentata

[58] Su questo archivio generale, istituito dalla l. di ratifica del 30 giugno 2009, n. 85 (in G.U. del 13 luglio 2009), n. 160, P. CASONATO, T.E. FROSINI, T. GROPPI, *Introduzione. La tipicità del panorama italiano in tema di Bioetica*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, p. 1650 ss.; L. VILLANI, *Biobanche e test rivelatori di informazioni genetiche; spunti di riflessione per un nuovo consenso informato*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 144; S. ROSTAIN e L. VILLANI, *Biobanche, informazione genetica e banca nazionale del DNA,* in C. FARALLI e M. GALLETTI (a cura di), *Biobanche e informazioni genetiche*, cit., p. 44 ss.La normativa menzionata, in materia di cooperazione rafforzata sull'immigrazione, ha ratificato il Trattato di Prüm, siglato al fine di aumentare le misure di coordinamento in materia di indagini giudiziarie e prevenzione dei reati. L'accordo costituisce una rete di scambio dei dati relativi al DNA dei condannati per reati sul territorio dei paesi aderenti. Questo aspetto, non normato dal Trattato di Schengen, amplia la quantità e la tipologia di informazioni, rese a disposizione tra le forze di polizia.

[59] Così l'art. 17, ult. comma, d.lgs. 11 maggio 1999, n. 151, per il quale "Il trattamento dei dati genetici è consentito nei soli casi previsti da apposita autorizzazione rilasciata dal Garante, sentito il Ministro della sanità, che acquisisce, a tal fine, il parere del Consiglio superiore di sanità", integrato poi dalla dicitura *da chiunque effettuato*, inserita con d.lgs. 30 luglio 1999, n. 281; su questo aspetto, R. LATTANZI, *Il trattamento dei dati genetici*, cit., p. 307 ss., il quale lamenta, oltre a profili di dubbia costituzionalità del dettato normativo rispetto alla legge delega e alla normativa di riferimento, una sorta di "delegificazione".

[60] Nuovamente R. LATTANZI, *Il trattamento dei dati genetici*, cit., p. 307.

[61] L'art. 10 (Richieste di autorizzazione) del documento prevede, infatti, che "I titolari dei trattamenti che rientrano nell'àmbito di applicazione della presente autorizzazione non sono tenuti a presentare una richiesta di autorizzazione a questa Autorità, qualora il trattamento che si intende effettuare sia conforme alle prescrizioni suddette. […] Il Garante non prenderà in considerazione richieste di autorizzazione per trattamenti da effettuarsi in difformità alle prescrizioni del presente provvedimento, salvo che il loro accoglimento sia giustificato da circostanze del tutto particolari o da situazioni eccezionali non considerate nella presente autorizza-

qualora, per ragioni eccezionali, si debba operare in difformità del contesto coperto dal provvedimento, accanto al consenso dell'interessato, quale veicolo per modulare l'accesso, l'opposizione e, in definitiva, il controllo sulle proprie informazioni genetiche, eludibile solamente per ragioni espressamente previste e giustificate da interessi superiori[62].

Con successive Autorizzazioni generali - del 24 giugno 2011 e del 15 dicembre 2016, nonché in seguito all'emanazione del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo "alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", il Garante prescrive che l'informativa necessaria per l'utilizzo e la conservazione di tessuti biologici, "dia conto analitico" delle finalità perseguite e dei risultati conseguibili, così come delle notizie, anche inattese, che possono emergere dal trattamento dei dati genetici[63]. L'interessato deve essere edotto sul diritto di opporsi al trattamento per motivi legittimi, nonché sulla facoltà di limitare la comunicazione dei dati[64].

4. Il regime illustrato, relativo al trattamento giuridico delle informazioni genetiche, suggerisce un modello apprezzabile per la ricostruzione teorica del tema in parola. Tuttavia esso, per un verso, esclude il significativo profilo materiale connesso ai dati genetici; per altro verso, omette l'elemento rilevante relativo al fatto che i materiali biologici, racchiudenti informazioni genetiche, possono provenire da fonti diverse: da tessuti derivati da interventi diagnostici o terapeutici; da materiale donato appositamente per una ricerca; da materiale donato a scopo di trapianto in seguito non utilizzato o ritenuto non adatto; da tessuti di soggetti deceduti a seguito di autopsia[65]. La molteplicità delle varietà del materiale biologico fa sì che, se per alcune ipotesi (es. capelli, latte), il modello proprietario possa risultare confacente, in altre, invece, lo stesso non risulti efficace: per il materiale biologico che mantiene

---

zione, relative, ad esempio, al caso in cui la raccolta del consenso comporti un impiego di mezzi manifestamente sproporzionato in ragione, in particolare, del numero di persone interessate".

[62] È l'opinione di S. VICIANI, *Brevi osservazioni sul trattamento dei dati inerenti la salute e la vita sessuale in àmbito sanitario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 319. In precedenza, nel provvedimento del 24 maggio 1999, cit., l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali ha precisato che per la comunicazione di dati genetici, in difetto del consenso scritto dell'interessato, è necessaria un'apposita autorizzazione. "Questa è, infatti, prescritta sia dall'autorizzazione generale n. 2/98, che si applica anche ai trattamenti di dati genetici (limitati alle informazioni e alle operazioni indispensabili per tutelare l'incolumità fisica e la salute dell'interessato, di terzo o della collettività), purché consentiti per scritto dall'interessato, sia dall'art. 17, comma 5, d.lgs. n. 135/1999, che richiede, ai fini del rilascio, l'audizione del Ministro della sanità, il quale è tenuto ad acquisire il parere del Consiglio superiore di sanità". Il provvedimento del 24 maggio 1999 segnalato, è commentato da M. CATALLOZZI, *Dati sanitari e dati genetici: una frontiera aperta?*, in *Nuova giur. Cvi. Comm.*, 1999, I, p. 829 ss.

[63] Così R. PACIA, *Ricerca genetica, biobanche, consenso informato*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 845; si veda anche più recente, EAD., *Campione biologico e consenso informato nella ricerca genetica: il possibile ruolo delle biobanche*, in *www.iuscivile.it*, 2014, p. 3.

[64] M. MACILOTTI, voce *Biobanche*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., VII, Torino, 2012, p. 142 ss.

[65] Per più puntuali riflessioni sul tema, si veda il Parere del Comitato Nazionale di Bioetica sulla Raccomandazione R(2006)4 del Consiglio d'Europa, del 9 giugno 2006. In argomento, ampiamente L.G. SPAGNOLI e C. VENTURINI, *Banche dei tessuti umani: obiettivi ed aspetti regolatori in Italia e in Europa*, in *Pathologica*, 2005, p. 192 ss.; R. PACIA, *Ricerca genetica, biobanche, consenso informato*, cit., p. 840 ss. Si veda anche il "Genetic Privacy Act" statunitense, che contempla, nel regolamentare il regime giuridico del materiale biologico, le differenti modalità di acquisizione dello stesso; su questo, T.A. CAVANAUGH, *A Critique of the U.S. Genetic Privacy Act*, in *Techn. Soc. Magazine*, 2002, p. 3 ss.

una propria funzione autonoma – ad esempio, a scopo di trapianto –, la perdita della titolarità, intesa come potere di controllo e di disposizione, avviene dal momento della separazione del corpo[66]; così accade nelle ipotesi disciplinate dalla legge 4 maggio 1990, n. 107, sulle attività trasfusionali relative al sangue umano (oggi sostanzialmente sostituita dalla "Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati", n. 219 del 21 ottobre 2005) e dalla legge 1° aprile 1999, n. 91, recante "Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e tessuti". Lo stesso non può dirsi, tuttavia, nel regime disciplinato della legge 26 giugno 1967, n. 458 sul trapianto di rene fra persone viventi, per la complessità procedurale di questo trasferimento: in queste ipotesi il trattamento giuridico diverge sostanzialmente.

Ancora differente è la fattispecie nella quale il materiale biologico sia asportato per ragioni terapeutiche o diagnostiche e venga successivamente distrutto o utilizzato a fini di ricerca scientifica: in questo caso, la separazione del corpo determinerebbe una sostanziale ablazione del diritto sul materiale stesso e la questione si incentra sui modi di acquisto da parte di altri. Le relazioni possibili sono, a ben vedere, del tutto differenti: in alcune ipotesi, il modello proprietario delineato come potere di disposizione e di esclusione, potrebbe risultare adeguato; in altre, la disposizione incontra altri confini importanti, derivanti dalla considerazione che il tessuto biologico è il contenitore di un'altra tipologia di beni, l'informazione genetica ed ereditaria.

La dottrina per lungo tempo si è mostrata compatta nell'adesione al modello proprietario e alle regole connesse per l'acquisto dei diritti sulle parti staccate del corpo[67], pur con alcuni distinguo rilevanti sulla ricostruzione in termini di *resderelictae* o di *res nullius* e sulle modalità dell'acquisto del diritto, a condizione della regola della gratuità dello scambio[68]: nel momento della separazione, la parte del corpo diviene una cosa e il soggetto ne acquista, a titolo originario, un diritto di proprietà avente contenuto patrimoniale[69], a prescindere che ciò avvenga con la semplice separazione[70], attraverso la finzione della fruttificazione (artt. 820 e 821 c.c.)[71] o dell'occupazione (art. 923 c.c.)[72] o, ancora, della specificazione (art. 940 c.c.)[73].

---

[66] Su questo profilo, R.N. NWABUEZE, *Donated organs, property rights and remedial quagmire*, in *Med. law rev.*, 2008, p. 201 ss., il quale sposa appieno un approccio proprietario, tipico del modello anglosassone.

[67] M. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 335.

[68] A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 1990, p. 41. Diversamente, esclude la costituzione di diritti patrimoniali sulle parti staccate del corpo, E. RESTA, *La disposizione del corpo, regole di appartenenza e di circolazione*, in *Tratt. biodiritto Rodotà-Zatti*, *Il governo del corpo*, I, Milano, 2011, p. 816 ss.

[69] R. ROMBOLI,*La libertà di disporre del proprio corpo, Sub art. 5*, in Scialoja-Branca, Bologna, 1988, p. 362; M. PESANTE, voce *Corpo umano (atti di disposizione)*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962 p. 663; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 138: l'uomo è al contempo soggetto e oggetto di diritti, poiché, slegato dal proprio corpo, è titolare di un diritto assimilabile alla proprietà che ha per oggetto il corpo stesso.

[70] A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. priv. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1985, p. 159: la separazione dalla parte staccata determina l'acquisto del diritto sul bene, senza passare per lo stato di *res nullius*.

[71] G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli art. 820-821 c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 1985, p. 266.

[72] M. DOGLIOTTI, *Atti di disposizione del corpo e teoria contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. .

[73] Sostiene C. PIRIA, *Interessi scientifici e patrimoniali su parti staccate dal corpo oggetto di ricerche biotecnologiche*, in *Rass. dir. farm.*, 1990, p. 808, che le parti staccate del corpo sarebbero di proprietà del medico che, attraverso l'intervento, le ha separate dal resto del corpo del paziente e potrebbero, quindi, essere utilizzate secondo le proprie finalità, terapeutiche o scientifiche, a condizione dell'adempimento dell'obbligo di pagarne un prezzo al proprietario originario, in ossequi al disposto dell'art. 940 c.c.

Altri autori, ancora, hanno perseguito un modello pubblicistico con riferimento all'apprensione del medico sulle parti staccate del corpo del paziente, accostabile ad una sorta di espropriazione senza il consenso del titolare, o, ancora, la teoria delle opere dell'ingegno, sulla scorta della constatazione che, come il soggetto è il proprietario delle opere nate dal suo ingegno, così dovrebbe essere riconosciuto proprietario della sua parte biologica e titolare del relativo diritto della personalità sulla *res* originata per creazione, ottenuta attraverso l'attività materiale del medico[74].

A prescindere dal modello giuridico prescelto, forse difficoltoso da ricostruire in termini unitari, vista la diversità materiali biologici[75], un elemento accomuna in maniera unitaria queste differenti ricostruzioni del fenomeno, che consiste nella inequivocabile caratterizzazione patrimoniale del diritto ascrivibile alla *res* corporale, pur trascurando il modello dell'acquisizione della titolarità di quello: il diritto di proprietà, a prescindere del peculiare regime dei singoli beni[76], è comunque contrassegnato da una valutazione economica del bene medesimo, a cui si applica e che deve proteggere, insieme ad una circolazione giuridica basata essenzialmente su regole economiche di mercato[77].

Vi è quindi un altro tratto comune, in forte connessione con il primo, che percorre il tema in esame: se si intendesse far permanere in capo al soggetto disponente il diritto di proprietà sulla parte staccate del proprio corpo, si arriverebbe paradossalmente a escludere il medico-ricercatore da qualsivoglia potere sulle stesse; laddove, viceversa, le stesse regole proprietarie non possono che far coincidere l'acquisto della proprietà da parte del medico con la dismissione del diritto da parte del soggetto-paziente, insieme con la perdita di ogni interesse relativo al bene uscito dalla sua sfera di controllo[78]. Ciò che caratterizza il modello proprietario, in altri termini, è l'acquisizione e la perdita correlata del potere esclusivo di disposizione della *res*, che coincide, nel tema in oggetto, con la corrispondente dismissione di ogni interesse in capo al soggetto-disponente.

Laddove, diversamente, si volesse accogliere una ricostruzione assiologicamente orientata ad un modello solidaristico, allora si dovrebbe concludere che ogni atto dispositivo che preveda il distacco di parte del proprio corpo, avrebbe l'effetto di trasferire il diritto all'uso specifico di quel bene, similmente a quanto avviene nelle donazioni di organo. Il principio di solidarietà, che peraltro caratterizza, insieme con il principio di gratuità, tutte le diposizioni corporali di tipo *donativo*, implica la perdita del potere di disposizione e di godimento sul bene che viene trasferito ad altri (l'*équipe* medica), ma sotto il vincolo che il bene stesso resti condizionato all'uso solidaristico a cui la disposizione corporale è strettamente ancorata (la destinazione a scopo di trapianto a favore del terzo). In questo modo, la perdita di ogni potere giuridico coincide con la perdita di un interesse del disponente, ma sotto il vincolo imprescindibile dell'utilizzo condizionato alla finalità specifica: questo modello potrebbe essere riprodotto nella disposizione della parte del corpo per il deposito nella bio-

---

[74] Sottolineava il rilievo dell'interesse sotteso alla disposizione corporale, accogliendo il modello dell'acquisto a titolo originario tramite occupazione da parte del medico nei confronti del paziente che non potesse vantare alcun interesse sul bene distaccato, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, p. 52.

[75] L. LENTI, *La procreazione artificiale, genoma della persona ed attribuzione della paternità*, Padova, 1983, p. 118.

[76] P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, Camerino, 1971, p. 135.

[77] A. BALDASSARRE, voce *Proprietà, I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 10; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 196 ss.

[78] In questo senso, per C.M. BIANCA,*Diritto Civile*, Milano 1989, p.163 s., sarebbe il sanitario ad acquisire il possesso sulle parti staccate, sul presupposto essenziale dell'assenza di interesse in capo al paziente.

banca, imponendo all'*équipe* di ricerca un uso condizionato alla finalità conosciuta dal disponente stesso.

Un terzo modello – quello tipico del regime vigente per i dati personali – àncora l'uso della *res* a regole autorizzativo-relazionali: il consenso, tipico strumento autorizzativo della propria disposizione ed elemento che elimina il comando primario del *neminem laedere*[79], costituisce il mezzo che attribuisce un potere di utilizzo del bene distaccato, al quale, tuttavia, è da agganciare anche il potere del disponente di opporsi all'utilizzo del materiale biologico per un motivo legittimo – e quindi per un utilizzo non contemplato nell'autorizzazione fornita o non altrimenti rispondente ai criteri della liceità e della correttezza –, o in base ad un potere generale di revoca, che caratterizza il consenso stesso, quale momento essenziale dell'autodeterminazione personale. In questo modo, il distacco della parte del corpo conferirebbe un potere di utilizzo del bene, ma non coinciderebbe con la perdita della titolarità sulla *res*, né con la dismissione di qualsivoglia interesse da parte del disponente, residuando in capo a costui un forte potere di controllo sulla ricerca.

A questi tre modelli, sommariamente illustrati, coincidono di fatto tre tipologie di circolazione giuridica del materiale biologico depositato nelle biobanche per ragioni di ricerca[80]: una circolazione sostanzialmente *libera*, agevolmente riconducibile al modello proprietario, esclude il disponente da qualsiasi potere di controllo sulla *res* e (ri)lascia al ricercatore la titolarità sulla stessa, unitamente alla libertà di disposizione e di utilizzo, come tipicamente individuata dall'art. 832 c.c., e ai limiti tradizionali della liceità e meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c.

Il modello ancorato al principio di solidarietà, invece, presuppone una circolazione giuridica *vincolata* alla clausola solidaristica, tipica della donazione d'organo e riproducibile anche alla ricerca sui tessuti biologici depositati in una biobanca: così il disponente trasferirebbe al ricercatore ogni diritto di utilizzo sul bene, residuandogli unicamente un potere di controllo relativo all'adempimento al vincolo solidaristico (es. il limite di uso per quella determinata ricerca). In questa ipotesi il consenso, quale strumento autorizzativo e atto autodeterminativo, è veicolo per la dismissione della titolarità sulla parte del corpo, residuando un interesse del soggetto a che la ricerca persegua il fine per il quale è preordinata e un correlato potere di controllo, nonché di revoca del consenso, allorquando la ricerca devii o contravvenga a detta finalità[81].

Nel terzo modello, evidentemente, le regole del consenso ben si conformano al regime delle informazioni genetiche, proponendo una circolazione *controllata*, nel senso che, data l'autorizzazione all'utilizzo del bene distaccato dal corpo, al disponente residuerebbe in ogni caso il potere di opporsi per un legittimo motivo, nel caso di comportamenti illegittimi dei ricercatori, o in virtù di un generale potere di revoca che è intimamente connesso alle regole relazionali e autodeterminative del consenso/dissenso, così collocando il tema in esame in un "processo ininterrotto" di costruzione dell'identità del soggetto e della sua sfe-

---

[79] Sul tema, per tutti, V. ZENO ZENCOVICH, voce *Personalità (diritto della)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1994, p. 430 ss.

[80] La ripartizione è modulata sulla tesi offerta da F. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione, nella disciplina dei dati personali*, cit., p. 615 ss. In altro contesto, quello della maternità per surrogazione, si esprime similmente S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 192 ss.; nonché p. 200 ss.

[81] È quanto sarebbe previsto, secondo M. MACILOTTI, *Consenso informato e biobanche di ricerca*, cit., p. 164 s., nell'impostazione teorica del Codice di Norimberga e che potrebbe essere agevolmente adattato al tema delle biobanche di ricerca.

ra privata, nel quale l'ordinamento partecipa con una molteplicità di soggetti: quelli che raccolgono e conservano i campioni, quelli che li utilizzano, quelli che li diffondono[82].

5. L'adesione al terzo modello di circolazione giuridica, di tipo relazionale (*controllata*)pur adeguatamente modulato, trova diverse ragioni[83]. È vero, come è stato asserito, che nel contesto delle biobanche di ricerca, il consenso del disponente si traduce sovente in due profili[84]: uno espressivo della volontà, atta a consentire l'asportazione della parte del corpo (che può a sue volta avvenire nel contesto di una diversa attività medica ad altro finalizzata oppure nell'ambito di uno specifico atto volto alla separazione); e un secondo momento autorizzativo, che esprime il consenso alla conservazione e all'utilizzo del materiale biologico per le ricerche connesse[85]. Questi due distinti profili potrebbero dover essere assoggettati a regimi differenti: il primo alle regole, interpretate evolutivamente, dell'art. 5 c.c., in combinato disposto con norme di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost.[86], quindi ad un modello relazionale; il secondo o ad un regime sostanzialmente proprietario, giacché il consenso avrebbe un effetto reale, traslativo del diritto sulla *res* (*ius in re*) o ad un modello obbligatorio, accordando il consenso solo un diritto di utilizzo delle *res* e non anche la titolarità sulla stessa (*ius ad rem*)[87].

Nella realtà, poi, è riscontrabile un'ulteriore circostanza: che, cioè, questi due momenti distinti di espressione del consenso, quello all'asportazione e quello all'utilizzo del materiale biologico, non necessariamente avvengono nella medesima unità di tempo e di spazio. D'altro canto, non è possibile neppure escludere il contrario: non è invero infrequente che l'asportazione e il consenso siano simultanei: il soggetto ben può sottoporsi all'attività del medico proprio con l'intento di "consegnare" la parte del proprio corpo (es. per le cellule del cordone ombelicale). La possibile decodificazione dei diversi momenti in cui il soggetto esprime una volontà dispositiva non necessariamente conduce a una ricostruzione *distinta* degli stessi, come distinte e successive manifestazioni del consenso. Si tratterebbe, piuttosto, di una sua rinnovazione, così come accade nelle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ove il consenso, della coppia e della donna, è richiesto ed espresso in diversi momenti della procedura e per scopi anche differenti, i quali però coincidono in un'unica funzione, che il trattamento persegue.

---

[82]S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 222 s.

[83] Diversamente, sostiene una "terza via", caratterizzata dai campioni biologici come *commons* e dall'organizzazione delle biobanche come *biotrust*, M. MACILOTTI, *La natura dei campioni biologici utilizzati a scopo di ricerca medica. Un difficile equilibrio tra tutela della persona e il mercato*, in C. FARALLI e M. GALLETTI, *Biobanche e informazioni genetiche*, cit., p. 32 s.; ID., *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, cit., p. 23 s.; sui *commons* anche M. TALLACHINI, *Retorica dell'anonimia e proprietà dei materiali biologici umani*, cit., p. 191 s.; e A. DE ROBBIO, *Biobanche e proprietà intellettuale: commons o caveau?*, in *Bibliotime*, 2010, XIII, 3, p. 22 ss. Una efficace ricostruzione dei beni collettivi in chiave civilistica, ancorata alla funzione sociale della proprietà, è svolta da G. CARAPEZZA FIGLIA, *Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, part. p. 1076 ss. e p. 1084 ss.

[84] Individua, invece, almeno tre momenti temporali della prestazione del consenso, S. AZZINI, *Biobanche, consenso e fonti del diritto: un caso di eccezionale disordine?*, in *Forum Biodiritto*, 2010, p. 3.

[85] R. PACIA, *Ricerca genetica, biobanche, consenso informato*, cit., p. 840.

[86] Si consenta il rinvio a A. CORDIANO, *Identità della persona e disposizioni del corpo. La tutela della salute nelle nuove scienze*, Roma, 2001, p. 73 ss.; S. ROSSI, voce *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Agg., VII, Torino, 2012, p. 235 ss.

[87]M. MACILOTTI, *Consenso informato e biobanche di ricerca*, cit., p. 158.

Ciò potrebbe portare a considerare il consenso all'asportazione e quello per la futura utilizzazione del tessuto biologico espressione di un analogo momento autodeterminativo della persona che dispone del sé corporale, ancorché diversificato nel tempo e nelle finalità, ricollocando così il secondo momento dispositivo, che esprime il consenso all'utilizzo della parte staccata del corpo, in una medesima "unità funzionale"[88] dell'attività di *biobanking*.

L'adesione al modello relazionale del consenso/dissenso, poi, è originato dalla constatazione che vi è un unico riferimento normativo sul punto nell'ordinamento italiano, consistente nella disciplina del trattamento dei dati personali, e specificamente dei dati genetici. Quella disciplina – insieme ad una significativa produzione di regole (di qual natura è da verificare) ad opera del Garante della *privacy*– rappresentano l'unico riferimento obiettivo cui ancorare l'analisi del problema delle biobanche, altrimenti normato da fonti fortemente diversificate sotto il profilo formale e sostanziale. L'informazione genetica costituisce sia l'oggetto dello scambio, sia l'entità materiale a cui le relazioni si riferiscono; al contempo, però, l'informazione costituisce l'estrinsecazione di un altro piano concettuale, evidenziandosi come uno degli strumenti di tutela dell'identità personale e della sua autodeterminazione: dove l'*an* della disposizione individuerebbe l'autorizzazione all'asportazione e all'utilizzo della parte staccata (veicolo dell'informazione in essa contenuta); il *quomodo* regolerebbe le modalità e i confini di detto utilizzo, includendo in sé sia un potere generale di revoca, sia un essenziale potere di controllo sul circuito informativo attraverso il potere di opporsi agli usi illegittimi, per ciò distanziandosi dal modello della così detta *property rule*[89] e giungendo a conformare il comportamento altrui al potere di controllo. Così, al momento dell'espressione di dissenso, espresso per un motivo legittimo o in base ad un potere generale, potrebbe affiancarsi un'altra forma di tutela, quella della distruzione del materiale biologico o della facoltà di limitare l'àmbito di comunicazione dei dati o, ancora, della cancellazione dei dati stessi.

Non è indifferente, infine, che nella regolamentazione delle biobanche o, più in generale, del materiale biologico, lo strumento del consenso sia posto in relazione con gli scopi perseguiti dalla ricerca: di là dai tradizionali e indiscussi limiti sanciti dalla sanzione di illiceità per i trattamenti che abbiano ricadute discriminatore, dalla tutela della dignità e libertà, anche autodeterminativa, della persona, si pone una zona, per così dire grigia, nella quale, accanto alla dimensione individuale/relazionale, si trova una dimensione collettiva, quella della raccolta del materiale biologico a fini di ricerca.

Le finalità della ricerca consentono di modulare adeguatamente il contenuto e l'ampiezza del consenso che il disponente può esprimere. L'autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici del 24 giugno 2011, integrata dalla successiva autorizzazione n. 8 del 15 dicembre 2016, prescrivono che l'informativa necessaria per l'utilizzo e la conservazione di tessuti biologici, debba esplicitare *analiticamente tutte le specifiche finalità perseguite*, i risultati conseguibili, le notizie, anche inattese, che possono emergere dal trattamento dei dati genetici. L'interessato, inoltre, deve essere edotto sul diritto di opporsi al trattamento per motivi legittimi e di revocare comunque il consenso, sulla facoltà di limitare la comunicazione dei dati e il trasferimento, nonché l'eventuale utilizzo dei campioni biologici e dei dati

[88] S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 184 ss.

[89] Ancora F. CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione, nella disciplina dei dati personali*, cit., p. 619. Tuttavia, anche nel panorama britannico, si può riscontrare questa sostanziale assimilazione in R. HARDCASTLE, *Law and the human body: property rights, ownership and control*, Oxford, 2007, diffusamente; nonché D. DICKENSON, *Property in the body*, in *Cambridge Univ. press*, 2007, p. 5 ss.

genetici connessi. L'informativa, quindi, deve evidenziare che il consenso resta revocabile liberamente in ogni momento, senza che ciò arrechi alcun pregiudizio per l'interessato; nel caso in cui l'interessato revochi il consenso al trattamento dei dati per scopi di ricerca, deve essere distrutto anche il campione biologico, sempre che sia stato prelevato per tali scopi, salvo che, in origine o a seguito di trattamento, il campione non possa più essere riferito ad una persona identificata o identificabile. Infine, l'informativa deve indicare: gli accorgimenti adottati per consentire l'identificabilità degli interessati soltanto per il tempo necessario agli scopi della raccolta o del successivo trattamento (art. 11, comma 1, lett. e), del cod. *privacy*); l'eventualità che i dati e/o i campioni biologici siano conservati e utilizzati *per altri scopi di ricerca scientifica e statistica*, per quanto noto, adeguatamente specificati anche con riguardo alle categorie di soggetti ai quali possono essere eventualmente comunicati i dati oppure trasferiti i campioni; le modalità con cui gli interessati possono accedere alle informazioni contenute nel progetto di ricerca. Il consenso all'utilizzo e alla conservazione dei tessuti è prestato specificamente e per iscritto e, in conformità all'art. 23 cod. *privacy*, resta valido solo se l'interessato è libero da ogni condizionamento o coercizione.

L'autorizzazione generale n. 8/2012 del 13 dicembre 2012, poi superata dalla successiva autorizzazione n. 8 del 15 dicembre 2016, al trattamento dei dati genetici, riproduce sostanzialmente il contenuto dell'informativa che deve essere adempiuta nei confronti del soggetto disponente, e l'ampiezza del consenso prestato. Infine, l'autorizzazione n. 9/2016 al trattamento dei dati personali (non genetici, altrimenti la competenze è delle precedenti autorizzazioni menzionate) effettuato per scopi di ricerca scientifica in campo medico, biomedico o epidemiologico è rilasciata quando "il trattamento è necessario per la conduzione di studi, non aventi significativa ricaduta personalizzata sull'interessato, effettuati con dati raccolti in precedenza a fini di cura della salute o per l'esecuzione di precedenti progetti di ricerca ovvero ricavati da campioni biologici prelevati in precedenza per finalità di tutela della salute o per l'esecuzione di precedenti progetti di ricerca" e "la ricerca è effettuata sulla base di un progetto, oggetto di motivato parere favorevole del competente comitato etico a livello territoriale, secondo le modalità di cui all'art. 3 del codice di deontologia e buona condotta per i trattamenti di dati personali per scopi statistici e scientifici", allegato al Codice in materia di protezione dei dati personali.

Sebbene l'autorizzazione ora menzionata riguardi indifferentemente ricerche che possono essere concretamente realizzate mediante il trattamento di dati anonimi e di dati riferiti a interessati contattabili al fine di rendere l'informativa e acquisirne il consenso, essa specifica che "prima di iniziare o proseguire il trattamento i sistemi informativi e i programmi informatici sono configurati riducendo al minimo l'utilizzazione di dati personali e di dati identificativi, in modo da escluderne il trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante, rispettivamente, dati anonimi od opportune modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità", in conformità all'art. 3 cod. *privacy*. L'obbligo di rendere idonea informativa agli interessati è derogabile in presenza di una delle seguenti ragioni, del tutto particolari o eccezionali e documentate, dovute a "motivi etici riconducibili alla circostanza che l'interessato ignora la propria condizione", per cui l'informativa sul trattamento dei dati comporterebbe la rivelazione di notizie la cui conoscenza potrebbe arrecare un danno materiale o psicologico; oppure a "motivi di impossibilità organizzativa", riconducibili alla circostanza che la mancata considerazione dei dati riferiti al numero stimato di interessati che non è possibile contattare, rispetto al numero complessivo dei soggetti che si intende coinvolgere nella ricerca, "produrrebbe

conseguenze significative per lo studio in termini di alterazione dei relativi risultati". Con riferimento a tali motivi di impossibilità organizzativa, il trattamento è autorizzato *all'esito di ogni ragionevole sforzo* compiuto per contattare gli interessati, che risultino essere, al momento dell'arruolamento nello studio, deceduti o non contattabili. Resta fermo l'obbligo di raccogliere il consenso al trattamento dei dati degli interessati in tutti i casi in cui, nel corso dello studio, sia possibile rendere loro un'adeguata informativa e, in particolare, laddove questi si rivolgano al centro di cura, anche per visite di controllo.

Ove la ricerca non possa raggiungere i suoi scopi senza l'identificazione, anche temporanea, degli interessati, nel trattamento successivo alla raccolta retrospettiva dei dati, debbono essere adottate tecniche di cifratura o codici identificativi o altre soluzioni che, considerato il numero dei dati trattati, li rendano non direttamente riconducibili ai soggetti, permettendo di identificarli solo in caso di necessità. In questi casi, i codici utilizzati non sono desumibili dai dati personali identificativi degli interessati, salvo che ciò risulti impossibile in ragione delle particolari caratteristiche del trattamento o richieda un impiego di mezzi manifestamente sproporzionato e sia motivato, altresì, per iscritto, nel progetto di ricerca. L'abbinamento al materiale di ricerca dei dati identificativi dell'interessato, sempre che sia temporaneo ed essenziale per il risultato della ricerca, deve essere motivato per iscritto.

Quanto evidenziato attraverso la normativa del Garante della *privacy*, consente una serie di considerazioni, la prima delle quali afferisce proprio al contenuto e all'ampiezza del consenso, dal momento che generalmente la ricerca a cui si aderisce potrà avere a sua volta sviluppi futuri, talvolta non prevedibili. L'autorizzazione al trattamento dei dati genetici del 2011, unitamente alla già menzionata e successiva autorizzazione n. 8 del 15 dicembre 2016, consentono il prelievo, la raccolta e la conservazione dei campioni biologici previo ottenimento di uno consenso informato, specifico e scritto; è possibile procedere *senza* l'acquisizione del consenso informato nei casi di indagini statistiche o ricerche scientifiche previste dalla legge o limitatamente al perseguimento di scopi scientifici e statistici *direttamente collegati con quelli per i quali è stato originariamente acquisito il consenso informato*. Quando a causa di particolari ragioni non è possibile informare gli interessati, malgrado sia stato compiuto *ogni ragionevole sforzo* per raggiungerli, la conservazione e il successivo utilizzo di campioni biologici e di dati genetici raccolti per la realizzazione di progetti di ricerca e indagini diversi da quelli originari sono consentiti se una ricerca di *analoga finalità* non può essere realizzata mediante il trattamento di dati riferiti ad altre persone e il programma di ricerca comporta l'utilizzo di campioni biologici e di dati genetici che in origine non consentono di identificare gli interessati, ovvero che, a seguito di trattamento, non consentono di identificare i medesimi interessati, che comunque abbiano in precedenza fornito indicazioni contrarie; ovvero il programma di ricerca sia stato oggetto di motivato parere favorevole del competente comitato etico a livello territoriale e autorizzato appositamente dal Garante, *ex* art. 90 del cod. *privacy*.

La scelta dell'ordinamento italiano, ad oggi, appare quella di affidarsi allo strumento del consenso *specifico*, associato ad una singola e determinata attività di ricerca, connesso alla rigida necessità di ricontattare gli interessati per acquisire un nuovo consenso, mitigato da alcune ipotesi derogatorie di consenso *(parzialmente)ristretto*[90]: previste, in particolare, dalla

[90] Si veda puntualmente il Documento "Raccolta di campioni biologici a fini di ricerca: consenso informato", del Comitato nazionale di Bioetica e del Comitato per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita, del 16 febbraio 2009, che distingue, a p. 8, il *consenso ampio*, come quello che permette l'uso dei campioni e dei

possibilità di inserire il tessuto per il quale si è già ottenuto il precedente consenso in progetti di ricerca con scopi *direttamente collegati* e oppure in progetti con *analoga finalità*, qualora sia stato assolto ogni ragionevole sforzo per ricontattare i soggetti interessati, oppure infine, quando il secondo progetto sia stato asseverato da un comitato etico territoriale[91].

Il modello italiano si discosta dal regime accolto in altri Paesi: il *Medical Care Act* svedese[92], a titolo d'esempio, prevede un regime piuttosto circoscritto per l'utilizzo del materiale biologico, richiedendo un consenso esplicito e informato sui possibili futuri e prevedibili utilizzi del materiale. Il modello scelto in ambito europeo, invece, mediante la Raccomandazione del Consiglio d'Europa R(2006)4, accoglie l'acquisizione di un consenso ampio (anche detto *general* o *broadconsent*), che consente l'utilizzo dei materiali per ricerche future e prevedibili, descritte nel modo più analitico possibile, secondo le conoscenze in atto, ma senza la necessità di ricontattare gli interessati[93]. La tutela di questi, anche ove non siano previsti meccanismi di compensazione[94], potrebbe essere assicurata attraverso la predisposizione di controlli condotti da Autorità indipendenti e dal ritiro dal progetto, mediante l'espressione della revoca del consenso da parte dell'interessato.

È quanto ha fatto, in sintesi, la legislazione inglese in materia, la *UK Human Tissue Act*, che ha predisposto un complesso sistema, coordinato da una *Human Tissue Authority*, con funzione consultiva, che prevede la regolamentazione dell'asportazione, conservazione e uso di materiale biologico, attraverso il consenso scritto dell'interessato, e corredato dall'introduzione di nuovi "illeciti genetici"[95].

---

dati loro associati in ricerche presenti e future di ogni tipo; quello *parzialmente ristretto*, che permette l'uso per una ricerca immediata e specifica e in ricerche future associate direttamente o indirettamente ai campioni; il *consenso multi-opzione* richiede molte opzioni da dettagliare specificamente all'interessato; e quello *informato-specifico*, che proibisce ogni studio futuro che non sia stato previsto al momento del consenso originario. Questo aspetto è trattato anche dalle Linee guidasulla certificazione delle biobanche, del 2006, che, a p. 31 ss. del documento, individuano sia i caratteri tipici del consenso informato, sia profili particolarmente rilevanti in tema di riservatezza: con particolare riguardo a questi aspetti, ha conseguenze di ampio rilievo, ad esempio, il fatto che il consenso dell'interessato, richiesto per ragioni di studio e di ricerca, possa essere generico o debba vertere su ogni possibile utilizzo e su ogni progetto di ricerca in cui siano coinvolti i suoi tessuti. Nella sua complessità, il problema è descritto da M. TALLACHINI, *Retorica dell'anonimia e proprietà dei materiali biologici umani*, cit., p. 184 ss.

91 Sulla diversa strutturazione del consenso nel contesto della biobanche di ricerca, S. AZZINI, *Biobanche, consenso e fonti del diritto: un caso di eccezionale disordine?*, cit., p. 2 ss.

92 Il *Medical Care Act* svedese, entrato in vigore nel gennaio 2003, prevede, diversamente dalla normativa inglese, un regime piuttosto restrittivo per l'utilizzo del materiale biologico e richiede un consenso esplicito e informato su ogni singolo progetto in cui siano coinvolti i suoi tessuti (la cui origine sia rintracciabile) e deve dare il consenso per quell'uso *specifico*: ciò rende complessa la risoluzione concreta dei casi in cui non sia stato ottenuto il consenso specifico su un successivo (futuro) uso del campione e nei casi in cui l'ottenimento non sia più possibile, ad esempio per il decesso dell'interessato.Sul tema, nel contesto scientifico europeo e svedese, M.G. HANSON, *Ethics and Biobanks*, in *British Journal Cancer*, 2009, p. 8 ss.; A. CAMBON THOMSEN, *The social and ethical issues of post-genomic human biobanks*, in *Nature Rev. Genetics*, 2004, p. 866 ss.

93 Per un modello simile, v. il documento emanato dalla *Swiss Academy of medical Sciences*, *Biobanks: Obtainment, preservation and utilisation of human biological material - Medical-ethical guidelines and recommendations*, in *JIBL*, 2007, p. 210.

94 Sulle quali, R. PACIA, *Ricerca genetica, biobanche, consenso informato*, cit., p. 852; G. RESTA, *I diritti della personalità*, in G. ALPA e G. RESTA, *Le persone e la famiglia*, 1, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2006, p. 624 ss.; M. MACILOTTI, *Consenso informato e biobanche di ricerca*, cit., p. 162.

95 Sulla normativa britannica del 2004, C. METCALFE, R.M. MARTIN, S. NOBLE, J.A. LANE, F.C. HAMDY, D.E. NEAL, J.L. DONOVAN, *Low risk research using routinely collected identifiable health information without informed consent: encounters with the Patient information Advisory group*, in *Journal med. ethics*, 2008, p. 37 ss.; R. GERZT, *Biolegal develop-*

La tendenza che pare, gradualmente, evidenziarsi è quello dell'istituzione di collezioni di materiale biologico regolamentate da programmi nazionali di governo: in Spagna, la *Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica* in materia ha disciplinato la "ricerca biomedica" – comprendente quelle ricerche connesse alla salute umana con procedimenti invasivi; donazione e utilizzo di ovociti, spermatozoi, preembrioni, embrioni e feti umani, o loro cellule, tessuti e organi, per finalità legate alla ricerca biomedica e alle sue possibili applicazioni cliniche; trattamento e conservazione di campioni biologici –, sulla scorta di un corredo di principi fondamentali, quali quello dell'integrità della persona e della protezione della dignità e identità dell'essere umano, con particolare attenzione all'autodeterminazione dell'individuo, al divieto di discriminazioni, al dovere di riservatezza di coloro che accedono ad informazioni di carattere personale e al principio della gratuità delle donazioni del materiale biologico. Quanto specificamente alla costituzione delle *biobancos*, questa dovrà avvenire, per quelle di carattere nazionale, previa autorizzazione del Ministero della Sanità e del Consumo; per le altre biobanche, sarà comunque richiesta l'autorizzazione dell'ente regionale competente, che provvederà alla loro iscrizione nel Registro Nazionale delle Biobanche per la Ricerca Biomedica, sotto la diretta dipendenza dell'Istituto della Salute Carlo III.

Anche in Spagna è stato quindi istituito un "Comitato di Bioetica" (*Comité de Bioética de España*), organismo indipendente, di carattere consultivo, per gli aspetti etici e sociali della biomedicina e delle scienze della salute, composto da personalità qualificate del mondo scientifico, giuridico e bioetico, ed è prevista l'istituzione dei Comitati Etici di Ricerca (*Comités de □ tica de la Investigación*), da costituire all'interno di ogni centro di ricerca biomedica, che debbono essere accreditati presso l'autorità statale o regionale competente, al fine di garantirne l'indipendenza e l'imparzialità.

Una seconda e non meno importante questione è relativa all'anonimizzazione dei tessuti: la più o meno agevole possibilità di identificare gli interessati non incide sull'ampiezza del consenso prestato *ex ante* o, eventualmente, *ex post*, quando questi non siano più contattabili "all'esito di ogni ragionevole sforzo". L'anonimia irreversibile costituisce, in altri termini, uno strumento operativo di garanzia[96], che incide, però, sugli strumenti rimediali connessi, nel caso in cui l'interessato revochi il consenso al trattamento dei dati e richieda che venga distrutto anche il campione biologico: se l'anonimizzazione (o, per altre ragioni, il trattamento stesso) ha reso il campione non più riconducibile all'interessato e questi non più identificabile, la distruzione non può essere pretesa. Le "regole relazionali", quindi, cedono al regime proprietario allorquando il campione biologico, non più riconducibile ad un soggetto determinato, riacquista una dimensione materiale e perde quell'unità funzionale che lo collegava ancora intimamente al disponente, uscendo da una circolazione *controllata* e collocandosi in una circolazione del tutto *libera*[97]. Per converso, quando l'identificabilità del disponente rimanga possibile, il regime di circolazione *controllata* rimane immodificato, giac-

---

ments in UK, in *Europa dir. priv.*, 2007, part. p. 1726 ss., anche sul "Freedom of Information Act" del 2000, che sancisce i princìpi di trasparenza, chiarezza e accesso ai dati genetici; V. M.G. HANSON, *Ethics and Biobanks*, cit.,p. 8 ss.; A. CAMBON THOMSEN, *The social and ethical issues of post-genomic human biobanks*, cit., p. 866 ss.; A.V. CAMPBELL, S.A.M. MCLEAN, K. GUTRIDGE, H. HARPER, *Human Tissue Legislation: listening to the professionals*, in *Journal med. Ethichs*, 2008, p. 105 ss. Recentemente R. BROWNSWORD, *Biobanks, Rights, and the Regulatory Environment*, in C. FARALLI e M. GALLETTI, *Biobanche e informazioni genetiche*, Roma, 2011, p. 85 ss.; J. KAYE, S. MCGIBBONS, C. HEENEY, M. PARKER, A. SMART, *Governing Biobanks*, Oxford, 2012, diffusamente.

96 Criticamente, M. TALLACHINI, *Retorica dell'anonimia e proprietà dei materiali biologici umani*, cit., p. 187 ss.

97 R. PACIA, *Ricerca genetica, biobanche, consenso informato*, cit., p. 843; su questa espansione della categoria della non-identificabilità, M. MACILOTTI, *Consenso informato e biobanche di ricerca*, cit., p. 164.

ché che la normativa in vigore non sembra consentire limiti al potere generale di revoca del soggetto, connesso con il diritto di chiedere la distruzione del campione e, di qui, con effetti potenzialmente sfavorevoli per la ricerca in corso.

Questa deviazione dal modello di circolazione prescelto (da quella *controllata* a quella *libera*), invalicabile considerando quanto espresso delle autorizzazioni in esame, potrebbe essere arginata, immaginando una opportunità correttiva, costituita dalla possibilità di prevedere che questa revoca abbia effetto *ex nunc*, e non *ex tunc*, così da non incidere negativamente sulle ricerche in corso, ma riflettendosi unicamente sulle ricerche future e connesse, collegate a quella in atto, ma non su quella in corso sulla scorta di un bilanciamento fra interesse collettivo e privato, che veda il primo prevalere sul secondo[98]. L'ipotesi è parzialmente riproducibile a ciò avviene nei trattamenti sanitari, quando il dissenso del paziente del paziente produce effetto irretroattivo, non potendo retroagire all'attività materialmente già svolta dall'operatore sanitario[99]. Il soggetto interessato non perderebbe comunque il potere di controllo sugli usi del campione non aderenti ai principi di correttezza, pertinenza e liceità, e con esso il potere di opporsi al trattamento per motivi legittimi: la circolazione dei tessuti, in questo senso, rimarrebbe *controllata* rispetto al potere di opposizione al trattamento e al suo esercizio con effetto *ex tunc*; questo potere di controllo potrebbe agilmente comprendere anche l'interesse del soggetto stesso a che la ricerca persegua il fine per il quale è preordinata, esplicitandosi nell'opposizione, allorquando la ricerca devii o contravvenga a detta finalità. La revoca generale, ad oggi, non sorretta da un motivo legittimo, ma espressione della libertà autodeterminativa, non potrebbe essere contenutisticamente limitata, ma potrebbe produrre i suoi effetti retroattiviunicamente sulla cancellazione o sulla richiesta di anonimizzazione dei dati identificativi e non anche sulla distruzione del materiale biologico, per la quale il suo effetto si produrrebbe *ex nunc*.

De iure condendo, forse, la possibilità di prevedere normativamente questi limiti al potere generale di revoca del consenso potrebbe contestualmente operare un ragionevole bilanciamento fra ricerca scientifica e interessi del singolo, collocando il rapporto fra i soggetti coinvolti in un appropriato contesto fiduciario, che vincoli l'operato dei ricercatori e al contempo anche il partecipante alla ricerca verso una finalità solidaristica e in una condizione di "responsabilità reciproca"[100].

In definitiva, nell'assenza di una compiuta disciplina che superi il conflitto teorico fra riservatezza e proprietà, è da auspicarsi che le esigenze rappresentate dall'aspetto materiale, che necessitano di una regolamentazione elastica, si possano conciliare con il versante immateriale delle informazioni genetiche, contemplando sia la tutela del singolo alla propria identità e autodeterminazione[101], sia le esigenze della tecnica e del progresso scientifico, sulla scorta di una "revisione dei rapporti fra scienza e società"[102] alla luce del progetto programmatico della Dichiarazione internazionale sulla bioetica e sui diritti umani del 19 otto-

---

[98] R. PACIA, *Ricerca genetica, biobanche, consenso informato*, cit., p. 846.

[99] S. VICIANI, *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, cit., p. 162, che ammette un generale potere di revoca come esercizio del potere di controllo sulla propria identità.

[100] È quanto sarebbe previsto, secondo M. MACILOTTI, *Consenso informato e biobanche di ricerca*, cit., p. 164 s., nell'impostazione teorica del Codice di Norimberga e che potrebbe essere agevolmente adattato al tema delle biobanche di ricerca.

[101] Sulla necessità di conciliare le diverse esigenze in questi àmbiti, D. MESSINETTI, *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi, e pluralismo della nozione giuridica di danno*, cit., p. 569; e S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, cit., p. 588.

[102] M. TALLACHINI, *Retorica dell'anonimia e proprietà dei materiali biologici umani*, cit., p. 192.

bre 2005, dell'Unesco, fondato sui principi della Solidarietà e Cooperazione (art. 12), della Responsabilità sociale (art. 13) e della Condivisione dei benefici (art. 14)[103].

6. Le fonti extraordinamentali che principalmente si concentrano sui temi affrontati afferiscono, in primo luogo, all'area Onu e in particolare nella specifica istituzione intergovernativa dell'Unesco, la quale ha emanato una prima Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani dell'Unesco dell'11 novembre 1997, affermando l'essenzialità del genoma umano, che "sottende l'unità fondamentale di tutti i membri della famiglia umana", e lo qualifica simbolicamente "patrimonio dell'umanità" (art. 1); sancisce poi il diritto della persona al rispetto della dignità e dei propri diritti indipendentemente dalle sue caratteristiche genetiche (art. 2) e vieta ogni discriminazione basata sulle caratteristiche genetiche che abbia per fine o sortisca l'effetto di violare i diritti umani, le libertà fondamentali e la dignità umana (art. 6).

Una seconda Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani del 16 ottobre 2003, all'art. 10, riconosce il diritto di ogni individuo di essere o non essere informato dei risultati degli esami genetici e delle loro conseguenze, ovvero dei risultati della ricerca medica e scientifica, laddove i dati genetici, i dati proteomici dell'individuo o i campioni biologici siano utilizzati per tali scopi.

Sempre l'Unesco, con la Dichiarazione internazionale sulla bioetica e sui diritti umani del 19 ottobre 2005, afferma, all'art. 10, che qualsiasi decisione o pratica nel campo della ricerca scientifica deve essere presa o eseguita solo "con il previo, libero, informato ed esplicito consenso della persona interessata. Tale consenso può essere revocato dalla persona interessata in qualsiasi momento e per qualsiasi motivo, senza che ne derivi alcuno svantaggio o penalizzazione". Qualsiasi decisione o pratica riguardante la diagnosi medica e la cura di una persona deve essere presa o eseguita solo "con il consenso della persona interessata, fondato su un'informazione appropriata rispetto alla decisione da prendere e con la costante partecipazione della persona interessata". Qualsiasi decisione o pratica che coinvolga persone che non hanno la capacità di dare un consenso, deve comunque garantire una speciale protezione, fondata sui parametri etici e legali adottati dagli Stati[104].

---

[103] Sui principi in materia anche, J. KAYE, S. MCGIBBONS, C. HEENEY, M. PARKER, A. SMART, *Conclusions*, in J. KAYE, S. MCGIBBONS, C. HEENEY, M. PARKER, A. SMART, *Governing Biobanks*, cit., p. 302 ss.

[104] Analogamente, si veda la Dichiarazione di Helsinki dell'Associazione medica mondiale del giugno 1964, che impone l'acquisizione dell'assenso della persona legalmente incapace, in aggiunta a quello del legale rappresentante, laddove la stessa sia in grado di esprimere il proprio assenso a partecipare ad una ricerca (par. 25); nonché le fattispecie di cui agli artt. 4 e 5 del decreto legislativo n. 211 del 24 giugno 2003 in "Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico", crea un quadro significativo sull'argomento. Le disposizioni appena menzionate, infatti, consentono, a condizione di esclusiva beneficialità, la sperimentazione su minori e su soggetti incapaci di dare un valido consenso, purché sia stato ottenuto il consenso informato del rappresentante legale, detto consenso rappresenti la presunta volontà del soggetto e possa essere ritirato in qualsiasi momento senza pregiudizio per il soggetto stesso. Al contempo, il soggetto capace deve aver ricevuto informazioni adeguate alla propria capacità di comprendere sulla sperimentazione e sui relativi rischi e benefici e il sanitario deve tenere in debita considerazione la sua *volontà esplicita* di rifiutare la partecipazione alla sperimentazione o di ritirarsene in qualsiasi momento, se questi è capace di formarsi un'opinione propria e di valutare le informazioni fornitegli; cfr., A. MANNA, voce *Sperimentazione medica*, in *Enc. dir.* Agg., IV, Milano, 2000, p. 1120 ss.;F.D. BUSNELLI e E. PALMERINI, voce *Bioetica e diritto privato*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano 2001, p. 147 ss.

Il Codice di condotta dell'Organizzazione internazionale del lavoro sulla protezione dei dati personali dei lavoratori (novembre 1996), vieta o limita lo svolgimento di screening genetici sui lavoratori a casi specifici autorizzati espressamente dalla legge (art. 6.12).

Mediante l'introduzione della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata a Oviedo il 4 aprile 1997, il Consiglio d'Europa vieta qualsiasi forma di discriminazione nei confronti di una persona in ragione del suo patrimonio genetico (art. 11) e limita l'espletamento di test genetici predittivi ai soli fini medici o di ricerca medica e sulla base di una consulenza genetica appropriata (art. 12).

Nella Raccomandazione R(2016)6 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, sulla ricerca su materiale biologico di origine umana, (art. 19) si evidenzia l'esigenza di regolare il trasferimento all'estero del materiale biologico e dei relativi dati personali, garantendo che i paesi di destinazione ne assicurino protezione adeguata. È poi prescritto che le informazioni, il consenso informato, le autorizzazioni per acquisire tali materiali dovranno essere il più possibile *specifici* nei riguardi di ogni possibile utilizzo per ricerche future e delle possibili scelte a tale riguardo (art. 10, secondo comma); e che i prelievi di campioni biologici, prima o dopo la morte del disponente dovranno essere svolti previa acquisizione di "appropriato consenso informato o autorizzazione". Resta fermo che, ove la persona abbia fornito il consenso alla conservazione del tessuto, rimasto *identificabile*, questi conserva il diritto di ritirare o di modificare tale consenso, senza che a ciò consegua alcuna forma di discriminazione, "in particolare relativamente al diritto all'assistenza medica"; nel caso in cui i campioni identificabili siano conservati per soli scopi di ricerca, chi ha ritirato il consenso, conserva anche il diritto di far distruggere o rendere anonimi senza tracciabilità i propri campioni (art. 15).

Nel contesto propriamente europeo, il tema è specificamente trattato dalla Carta dei diritti fondamentali, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, e definitivamente assorbita nel sistema delle fonti comunitarie dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea – che vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sulle caratteristiche genetiche (art. 21)[105] – e dalla direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, che prescrive l'adozione di misure necessarie di protezione dei dati, compresi quelli genetici, e di altre misure di salvaguardia relativamente ad informazioni raccolte nell'ambito di attività di donazione, approvvigionamento, controllo, lavorazione, conservazione, stoccaggio e distribuzione di tessuti e cellule umani destinati ad applicazioni sull'uomo, nonché di prodotti fabbricati derivati da tessuti e cellule umani destinati ad applicazioni sull'uomo (art. 14). La direttiva del 2004, poi integrata dalle successive direttive 2006/17/CE dell'8 febbraio 2006 e 2012/39/UE del 26 novembre 2012, pur avendo una vocazione principalmente pratico-applicativa, esplicita all'art. 13 la necessità di soddisfare i requisiti obbligatori relativi al consenso, all'eventuale autorizzazione e all'informativa per l'approvvigionamento di tessuti umani.

Sempre nel contesto dell'Unione, va richiamato il documento di lavoro sui dati genetici adottato il 17 marzo 2004 (Wp 91) dal *Gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali*, istituito dall'art. 29 della direttiva n. 95/46/Ce che, individuando le necessarie garanzie in materia di dati genetici, si afferma la necessità di prendere in conside-

[105] Si rammenta, per completezza del quadro valoriale del tema, anche quanto disposto dalla precedente direttiva 98/44/CE in materia di protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, convertita in legge dal d.lgsl. 10 gennaio 2006, n. 3. Su questi temi già B.M. KNOPPERS, *L'integrità del patrimonio genetico: diritto soggettivo o diritto dell'umanità?*, in *Pol. dir.*, 1990, p. 341 ss.

razione e di disciplinare anche lo statuto giuridico dei campioni biologici, suscettibili anch'essi di costituire una fonte di dati personali[106].

Il quadro normativo è composto, a livello nazionale, dal Codice in materia di protezione dei dati personali, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, che espressamente all'art. 90 attribuisce all'Autorità Garante della *privacy*[107] il compito di disciplinare compiutamente il trattamento dei dati genetici, con lo strumento delle autorizzazioni generali, previa consultazione del Ministro della salute e, per tramite di questo, del Consiglio superiore di sanità, accordate ad organismi pubblici e privati che svolgono attività di ricerca scientifica[108]. Accanto a questa autorità amministrativa indipendente, si trovano altri soggetti istituzionali, quali il Comitato nazionale di Bioetica e il Comitato nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienza della Vita, che emanano, pareri, documenti e Linee guida, come quelle per l'istituzione e l'accreditamento delle biobanche e le Linee guida per la certificazione delle biobanche del 2006 del Comitato nazionale per la Biosicurezza e le Biotecnologie. Similmente alle Linee guida dell'Ocse del 2007 e del 2009, *Best Practice Guidelines for Biological Resource Centres*, esse fissano regole pratico-operative per la costituzione e per il funzionamento delle biobanche, indicando parametri qualitativi per la raccolta e la conservazione dei materiali biologici, nonché per l'accesso a questi.

È evidente come la complessità, sinteticamente descritta, del quadro normativo in materia di biobanche e di consenso informato in questa tematica, rifletta, sotto il profilo della disciplina competente, la crisi profonda del sistema delle fonti nell'ordinamento interno, particolarmente alla luce del tradizionale disposto di cui all'art. 1 disp. prel. del Codice civile.

Stante l'assenza di una compiuta disciplina in materia di biobanche, si assiste ad una stratificazione e sovrapposizione di fonti riguardanti il fenomeno, che rende ardua la ricostruzione teorica dello stesso e di seguito anche della sua compiuta regolamentazione, in ragione di una produzione normativa multilivello, composta di regole interne e di interventi sovranazionali, di atti aventi, alcuni, forza normativa (primaria e/o secondaria), altri, carattere sostanzialmente amministrativo e di interventi a vocazione programmatica, persuasiva o meramente informativa[109]. Questo "complesso di norme", non sempre corredato dal carattere di prescrittività dato dalla legislazione ordinaria[110], incrociandosi e sovrapponendosi fra loro, evidenziano una crisi profonda del sistema delle fonti ed esprimono una tutela giuridica incerta, se non del tutto assente.

Data la competenza gerarchica, il tema delle biobanche è riconducibile ai valori e alle norme costituzionali relativi, da un lato, alla tutela della persona e della sua autodeterminazione, di cui agli artt. 2, 13, 32 Cost., dall'altro alla garanzia dello sviluppo della ricerca

---

[106] La direttiva è stata poi abrogata dal successivo Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del consiglio, del 27 aprile 2016, relativo "alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", che ha a sua volta sostituito il menzionato Gruppo di lavoro con un Comitato per la protezione dei dati personali.

[107] Così S. PENASA, *Verso un sistema integrato: il caso delle biobanche di ricerca*, in *Forum Biodiritto*, 2012, p. 328 ss

[108] Per gli opportuni rilievi sul punto, R. LATTANZI, *Ricerca genetica e protezione dei dati personali*, cit., p. 338; R. PACIA, *Ricerca genetica, biobanche, consenso informato*, cit., p. 838.

[109] Lo osserva anche nel contesto britannico, S. MCGIBBONS, *Mapping the Regulatory Space*, in J. KAYE, S. MCGIBBONS, C. HEENEY, M. PARKER, A. SMART, *Governing Biobanks*, cit., p. 51 ss.

[110] Così S. PENASA, *Verso un sistema integrato: il caso delle biobanche di ricerca*, cit., p. 330.

scientifica e della libertà della scienza, come beni collettivi, di cui agli artt. rispettivamente 9 e 33 Cost.

Sostanzialmente equiparate alle norme poste da fonti costituzionali primarie – e fatto salvo il "nucleo duro" dei diritti fondamentali costituzionalmente sanciti[111] –, sono le fonti di diritto europeo derivato, recepite nell'ordinamento interno, e le fonti sovranazionali già richiamate, contenute nelle Convenzioni Unesco e in quelle del Consiglio d'Europa.

Inerendo a una fascia di efficacia immediatamente inferiore, è pure il Codice in materia di protezione dei dati personali, emanato con d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, disciplina che ha i caratteri propri delle norme di *hard law*, in termini sia formali, sia sostanziali[112].

Non riportabili al sistema tradizionale delle fonti del diritto, sono, invece, da un lato, tutto quel complesso di regole scaturenti dalle autorizzazioni generali del Garante per il trattamento dei dati personali (genetici); dall'altro, quelle fonti a carattere orientativo e informativo, contenute, ad esempio, nelle Raccomandazioni R(2006)4 e R(2016)6 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, sulla ricerca su materiale biologico umano, nei Codici di Condotta e, soprattutto, nelle Linee guida, nei pareri e raccomandazioni, e nei documenti emanati da altri soggetti istituzionali, ma "informali"[113], quali il Comitato nazionale di Bioetica e il Comitato nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienza della Vita e, a livello sovranazionale, l'*Ocse*.

Quanto alle autorizzazioni generali, tuttavia, è possibile osservare come, sovente, la funzione di regolamentazione in capo alle pubbliche amministrazioni si esplichi anche attraverso atti a natura non normativa. La distinzione fra atti normativi e provvedimenti non normativi, forse scarsa sotto un profilo pratico applicativo, dato il loro regime giuridico in larga parte convergente, dovrebbe residuare quanto alla natura ancora spiccatamente ed eminentemente *politica* dell'atto normativo, coincidendo spesso, invece, quanto ai caratteri di generalità, astrattezza e novità. Fra i così detti atti amministrativi generali, rientrano pure le autorizzazioni generali, emanate dalle così dette Autorità indipendenti, che si rivolgono a categorie più o meno ampie di soggetti, con un certa idoneità a essere applicate ad una serie indefinita di ipotesi. Se è dubbia la loro ricostruzione in termini di veri e propri atti normativi, certa è invece la loro "portata regolatoria": in particolare, proprio l'Autorità Garante delle *privacy* è autorizzata ad emanare dette autorizzazioni a carattere generale, senza un'istanza di parte e rivolte a categorie predeterminate, ma ampie di destinatari, che contengono norme sull'acquisizione, sulla conservazione e sul trattamento dei dati personali[114].

---

[111] Sui così detti controlimiti, P. BARILE, *Ancora su diritto comunitario e diritto interno*, in *studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, VI, *Autonomie e garanzie costituzionali*, Firenze, 1969, p. 45 ss.; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2005, p. 79 ss., F.P. CASAVOLA, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 153 ss.; per una visione innovativa del tema, D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Napoli, 2009, p. 65 ss. Nella dottrina privatistica, sostiene la prevalenza della Costituzione su ogni altra fonte, P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2007, p. 27 ss.; diversamente A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, p. 26 ss.

[112] R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 31 ss.

[113] Su questi "soggetti informali", nel contesto britannico, S. MCGIBBONS, *Mapping the Regulatory Space*, in J. KAYE, S. MCGIBBONS, C. HEENEY, M. PARKER, A. SMART, *Governing Biobanks*, cit., p. 51 ss.

[114] Così M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 69 ss., suo il termine contenuto in virgolette.

Queste autorizzazioni, per le qualità indicate, avrebbero natura di veri e propri regolamenti – atti normativi, quindi, di carattere secondario[115]–, nonostante le Autorità amministrative indipendenti siano espressione simbolica della fuoriuscita del potere normativo dal sistema delle fonti, giacché, pur essendo enti istituiti e disciplinati per norma di legge, si collocano al di fuori del circuito politico e rappresentativo e possiedono una funzione intimamente collegata alla risoluzione e alla regolamentazione del segmento di mercato, cui particolarmente si riferiscono[116]: con l'istituzione di questi enti, lo Stato di fatto si ritrae – e, con esso, la fonte spiccatamente politica – affidando compiti di regolazione ad soggetti solo nominalmente neutri, in realtà legittimati "dal basso" dagli operatori economici. Per queste ragioni – e non a torto – le regole da esse generate riproducono parzialmente le problematiche che attengono alla seconda tipologia di fonti paranormative[117].

Più ardua risulta, infatti, la ricostruzione per quanto attiene ai pareri, alle raccomandazioni, ai documenti informativi, emanati da autorità formali (Consiglio d'Europa e lo stesso Garante della *privacy*) ed enti istituzionali ma dal carattere "informale" rispetto alla competenza e alla legittimazione alla produzione normativa, come ad esempio il Comitato nazionale di Bioetica e il Comitato nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienza della Vita. Più ardua perché queste tipologie di "regole" si inseriscono in quel contenitore ampio e dal contenuto variegato, che è la così detta *soft law*, essa stessa di non pronta definizione. La *soft law* rappresenta una nuova forma giuridica in risposta alla acuita complessità fenomenologica[118]. Con altri termini, costituisce l'espressione di nuovi modi di gestire processi decisionali compositi, comportando almeno in parte il superamento della sistematica e della dogmatica della teoria delle fonti di *hard law* e, insieme con questa, del diritto proveniente dalle istituzioni politiche e dalle procedure a queste connesse. Le ragioni di questo superamento si trovano, in larga parte, in fenomeni sociologici ed economici dettati dalla globalizzazione e dal mercato, accanto alla sostanziale presa di potere della *governance* comunitaria, che ha comportato, oltre ad una condivisione di sovranità, anche l'espressione di "espressioni giuridiche (più) *soft*"[119], ai margini delle fonti del diritto, con rilevanti effetti pratici[120].

Senza giungere all'affermazione di un rapporto intrinsecamente e inesorabilmente conflittuale fra *soft* e *hard law*,è certamente vero che sia necessario un ripensamento dei nuovi soggetti e dei nuovi circuiti di produzione normativa, che emanano obblighi, impegni, auspici, senza prevedere contestualmente forme di sanzione per il loro mancato adempimento. Diverse sono le funzioni e la struttura che accomunano le forme disomogenee di

---

115 Ancora M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 90.

116 Così F. MERUSI e M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003, p. 10 ss.

117 R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 37, parla di fonti di *soft law*, distinguendole in *prelaw*, strumenti utili per la ricostruzione dell'intenzione del legislatore e per la comprensione della legge; *postlaw*, a carattere sostanzialmente regolamentare; e, particolarmente, quelle fonti denominate *paralaw*, ossia quei documenti che risultano alternativi ad atti vincolanti, a carattere orientativo, senza la forza normativa, ma tuttavia concorrenti "a organizzare la realtà a cui la norma giuridica - che essi però non producono né concorrono a formare - dovrà essere applicata". La distinzione è di L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004, p. 118 ss.

118 Così M.R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 71 ss.

119 M.R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 74.

120B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p 123; F. SNYDER, *Soft law e prassi istituzionale nella Comunità europea*, in *Soc. dir.*, 1993, p. 90;

soft law, che possiedono sicuramente una forte carica persuasiva (*moral suasion*), accanto a funzioni informative, di socializzazione valoriale e di orientamento del processo interpretativo propriamente inteso[121], che nel contesto del così detto biodiritto si esplicano appieno[122]. Accanto a queste molteplici funzioni, si aggiunge un "effetto di liceità": raccomandazioni, pareri, documenti non impongono comportamenti ai destinatari, né sono corredati da sanzione per il caso della loro inadempienza; tuttavia, l'adesione e l'osservanza dei comportamenti descritti, rende la condotta di quelli "per principio lecita", consentendo, in linea generale, di reputarsi sottratti alle regole di responsabilità derivanti dalla produzione di un effetto lesivo cagionato a terzi[123]. Da un'altra prospettiva, un ulteriore effetto a questo connesso, è quello della possibile utilizzazione della norma di *soft law* da parte dell'autorità giudiziaria adita, per la valutazione del comportamento adottato. Nel caso di specie, in particolare, il tema è particolarmente significativo, dal momento che, al nucleo normativo apparentemente più forte, quello del Codice in materia di protezione dei dati personali e delle autorizzazioni generali del Garante, si associa un sistema rimediale eclettico, composto delle tutele amministrative (reclami, segnalazioni e ricorsi al Garante) e dal quella giurisdizionale.

Inevitabile è la constatazione che questo complesso sistema, fatto di atti normativi primari, di provvedimenti amministrativi di natura regolamentare, di fonti paranormative e di *soft law*, delinei un *corpus normativo* del tutto inedito: eterogeneo e solo in parte coincidente nel suo ambito oggettivo e soggettivo, a tratti vincolante, a tratti solo persuasivo. È un sistema che, pur nella sua difficile decodificazione, è capace di generare regole con una forte influenza nella materia in oggetto, distribuite però fra più livelli istituzionali ed extraordinamentali e devianti dal tradizionale sistema delle fonti, rendendo per ragioni diverse inadeguati il principio gerarchico e quello di competenza.

Che si voglia accogliere un criterio assiologico-sostanziale, fondato sulla gerarchia dei valori a cui ancorare l'interpretazione del caso concreto, o su un struttura normativa fondata sulla teoria complessa del sistema integrato delle fonti (e delle interpretazioni)[124], è inevitabile la constatazione che il rischio più prossimo è quello di condurre la tematica verso un riduzionismo casistico-giurisprudenziale sorretto da criteri (funzionalistici, ma) privi di un grado accettabile di stabilità.

Non diversamente deve dirsi con riguardo al criterio individuato dall'art. 9 della Raccomandazione R(2016)6, "Protezione più estesa", che afferma che "Nessuna delle disposizioni di questa raccomandazione dovrà essere interpretata come limitante o recante pregiudizio alla facoltà di ciascun Paese Membro di accordare una tutela più estesa di quella prevista nella presente raccomandazione", in armonia con quanto previsto dall'art. 53 della Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sanciscono il principio relativo all'applicazione del *miglior livello di protezione* possibile[125]. Detto principio, pur di applicazione

---

121 M.R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 80 ss.

122M.R. MARELLA, *Metti un po' di softness nell'hard law. A proposito di donne, diritto e nuove forme regolative*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 103.

123 Le parole sono di R. VOLANTE, *Il soft law come norma di diritto privato: un tentativo di definizione*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 178 ss.

124 Così A. RUGGIERI, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva dell'Europa unita*, in M. PEDRAZZA GORLERO, *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli, 2010, p. 25 ss.; nel tema in oggetto, S. PENASA, *Verso un sistema integrato: il caso delle biobanche di ricerca*, cit., p. 325 ss.

125 Sul tema, per tutti, M. CARTABIA, *Commento all'art. 53*, in R. BIFULCO*et* altri (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 363; si veda anche M. NICOLINI, *Il*

prettamente inter-ordinamentale, offre spunti di riflessione significativi che, a livello intra-ordinamentale, si riverberano in definitiva sulla scelta del sistema che offra il maggior grado di protezione possibile o, da altro punto di vista, il rimedio più congruo e ragionevole. Ma anche con riferimento a questo orientamento, rimangono ai margini tutte quelle fonti che, pur possedendo quell'effetto di liceità e di orientamento, non sono dotate di un referente giudiziario competente a cui rivolgersi per l'ipotesi della lesione di un interesse, e che risultano fuori, quindi, dal complesso di tutele individuate dal Codice in materia di protezione dei dati personali.

Accogliendo l'esistenza e, in qualche modo, l'efficacia di forme regolamentari con gradi di prescrittività e/o di persuasività differenti, si è costretti ad ammettere che le norme più efficaci non sono necessariamente anche quelle più prescrittive o giudizialmente sanzionabili, ma sovente corrispondono a quelle più efficacemente persuasive, magari anche più partecipate, proprio perché in connessione più stretta con gli operatori di quel segmento di mercato[126].

Consci di un necessario processo di adattamento delle categorie sistematiche e dogmatiche di riferimento, incapaci di spiegare le interazioni fra livelli normativi inter- e intra-ordinamentali, delle quali il tema della biobanche è un esempio e non un'eccezione, e consci pure di una incontrovertibile tendenza verso una produzione normativa sempre meno vincolante e sempre più procedurale e orientativa, è auspicabile, quindi, un ritorno all'*hard law*?

Il ritorno all'*hard law*, ben s'intenda, non equivale a sconfessare l'articolato panorama sin qui illustrato, che possiede elementi di pregio e di grande spessore: si veda, per tutti, il documento emanato congiuntamente dal Comitato nazionale di Bioetica e dal Comitato nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita, "Raccolta di campioni biologici a fini ricerca: consenso informato" del 16 febbraio 2009. Deve essere innanzitutto chiaro che il complesso sistema, intessuto profondamente da norme di *soft law*, lungi dall'essere politicamente neutro, corre il rischio di introdurre nell'ordinamento ideologie principalmente ancorate a modelli economici, o, comunque, ideologie che non sono il frutto di scelte politiche derivanti dai tradizionali modelli democratico-rappresentativi della norma di legge[127]: da quell'idea di *default law*, come alternativa efficiente alla norma giuridica, cogente, obbligatoria e sanzionabile, traspare la scelta di allontanare l'atto normativo dalla volontà politica[128], insieme scardinando quel principio fondamentale, figlio della separazione tra i poteri, in virtù del quale "l'interprete deve *costruire* il significato della disposizione da applicare, e per farlo deve individuarne la *ratio*, il principio; quale fosse l'intenzione originale del legislatore"[129].

---

livello integrale di tutela come contenuto indefettibile dello statuto sovranazionale dei diritti fondamentali, in M. PEDRAZZA GORLERO, *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, cit., part. p.412 ss. Interessanti anche le riflessioni di S. GIUBBONI, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, in *Quad. Dir. Lav.*, 2004, p. 27, in tema di diritti sociali. Per l'argomento trattato, espressamente favorevole alla teoria della migliore protezione possibile, S. AZZINI, *Biobanche, consenso e fonti del diritto: un caso di eccezionale disordine?*, cit., p. 21 s.

[126] Con riferimento ad altre tematiche, il lucido pensiero di F. PALERMO, *La forma di stato dell'unione europea*, Padova, 2005, p. 203 ss. e p. 219.

[127] M.R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 81 s.

[128] Così U. MATTEI, *The European Codification Process. Cut and Past*, The Hague, p. 118 ss.

[129] R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 35.

Il ragionamento, in ultima analisi, non è tanto quello del grado di convivenza o di conflitto fra *hard* e *soft law*, e neppure un'opzione fra un modello ancorato alla (e dalla) prescrittività, giustiziabilità e ultimatività *vs* un altro, rischioso, perché ormeggiato al nodo lasco della persuasività e della precarietà. Se si discorresse "solo" di questo, si tratterebbe solo di "tarare" adeguatamente gli strumenti giuridici di cui si è in possesso. La questione è sostanziale: delegare ad autorità altre, interne o esterne che siano, il compito di vigilare su un segmento del mercato e di disciplinare i comportamenti dei soggetti in esso coinvolti[130], equivale non solo ad un'abdicazione della funzione normativa che è un caposaldo dello Stato di diritto, ma anche all'abbandono di questa funzione alla negoziazione politica dei poteri più forti.

[130] Così R. VOLANTE, *Il soft law come norma di diritto privato: un tentativo di definizione*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 185.

LA VENDITA MULTILIVELLO E LE INTERPRETAZIONI DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO E DELLA FEDERAL TRADE COMMISSION: IL CASO VEMMA

VALENTINA BARELA

Sommario: 1. I tratti essenziali della vendita multilivello. – 2. Idoneità delle autorità garanti in Italia e negli USA alla regolamentazione delle vendite multilivello. – 3. La vicenda italiana: l'attività commerciale di Vemma Italia e il piano dei compensi. – 4. L'orientamento della *Federal Trade Commission* e della *US District Court for the District of Arizona*. – 5. Le "decisioni con impegni" e gli aspetti critici degli attuali strumenti dell'AGCM.

1. Le espressioni "vendita multilivello"e"*network marketing*" sono utilizzate indistintamente per descrivere quelle forme di vendite dirette, nate negli Stati Uniti ma sempre più diffuse nel mondo, alquanto complesseenon fondate sui tradizionali schemi contrattuali, incardinati sul rigido paradigma che vede contrapposte le figure del professionista e del consumatore. Ben più ampio è il ventaglio dei protagonisti di questa forma di vendita e molteplici sono le attività ad essa sottese; anche per questo, forse, è più appropriato parlare di "pratiche commerciali", espressione che trasmette con più chiarezza la poliedricità delle posizioni contrattuali che gravitano attorno a questo strumento commerciale[1].

La vendita multilivello è la vendita diretta, realizzata fuori dai locali commerciali, nella quale l'impresa attribuisce agli "incaricati alle vendite" non solo il compito di vendere i prodotti o servizi, ma anche quello di invitare i consumatori a partecipare alla rete commerciale, attraverso la sottoscrizione del contratto di incarico.

Questa doppia veste, di venditore e promoter, consente all'incaricato di guadagnare in relazione sia ai prodotti e servizi venduti personalmente, sia a quelli venduti dagli incaricati "sponsorizzati". Inoltre, l'incaricato potrà conseguire bonus, di diversa entità, strettamente correlati ai risultati raggiunti, che varranno come gratificazioni e incentivi per la realizzazione di risultati migliori.

L'assetto organizzativo del sistema di vendita si sviluppa in modo molto articolato, posto che l'incaricato può (e spesso deve) creare da subito almeno due linee di vendite di incaricati, dalle quali si svilupperanno altre linee di vendita, costituite proprio da questi ultimi, che a loro volta daranno vita ad altre ancora e così a seguire. Di fatto si realizza un sistema gerarchico, ove ciascun incaricato potrà guadagnare una percentuale relazionata ai prodotti venduti da lui e da tutti gli incaricati che discendono direttamente ed indirettamente dalle proprie linee di vendita (cc.dd. *downlines*). La remunerazione dell'incaricato alle vendite è a provvigione e la percentuale è correlata al valore dell'affare concluso personalmente e/o realizzato dagli altri incaricati da lui introdotti e, pertanto, incardinati nella sua *downline*.

[1] Come si evince dal codice del consumo, la tutela apprestata in materia di pratiche commerciali non riguarda la singola e concreta vicenda negoziale, ma ricomprende anche la fase prodromica dell'acquisto, che è molto importante nelle vendite multilivello. Si v. anche Cons. Stato, sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3896; Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2011, n. 5368 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

I profitti rappresentati dai bonus sono commisurati al posizionamento dell'incaricato nella rete, strettamente correlato al volume delle proprie vendite (nonché di quelle realizzate da altri incaricati dal medesimo coinvolti nel sistema).

Il piano dei compensi, dunque, è modulato principalmente sulla base di tre variabili: vendite realizzate personalmente, vendite realizzate dagli incaricati sponsorizzati, bonus legati alla posizione nella rete di vendita. Si consideriche la seconda variabile, attinente alle vendite concluse dai soggetti reclutati, ricomprende anche le vendite compiute dai soggetti reclutati indirettamente, ossia coinvolti dai propri "sponsorizzati", il ché determina un organigramma molto complesso.

Ne consegue che i protagonisti del contratto di vendita diretta, siano essi consumatori o incaricati, anche lì dove non si verifichi la sovrapposizione delle due figure, sono spesso soggetti giuridicamente deboli e non in grado di avere piena consapevolezza del consenso prestato in merito all'acquisizione del bene e/o alla scelta di ingresso nelle rete commerciale, e questo perché il piano dei compensi prospettato, sovente, è di difficile lettura e perché i messaggi pubblicitari diretti ad invogliare l'ingresso nella rete si rivelano spesso ingannevoli, soprattutto circa le prospettive di guadagno.

Questi aspetti fanno sì che dietro vendite multilivello spesso si celino pratiche commerciali scorrette e vietate dall'ordinamento, quali le vendite piramidali, caratterizzate da un sistema commerciale rappresentato da una rete di venditori strutturata su scala gerarchica interna, nella quale il bene o servizio, oggetto delle vendite, è solo un pretesto, mentre l'obiettivo primario è reclutare un numero maggiore di incaricati ai quali, al loro accesso nella rete, sarà chiesto, sotto diverse forme, il pagamento di una «fee» d'ingresso che rappresenta l'introito maggiore dell'impresa, nonché degli sponsor, che guadagneranno proprio in base al numero delle persone reclutate.

Le vendite piramidali condividono con le vendite multilivello l'assetto organizzativo e le modalità di intermediazione delle vendite dirette, ma rappresentano fattispecie illecite, come disposto dalla legge n. 173 del 2005, che disciplina «la vendita diretta a domicilio e la tutela del consumatore dalle forme piramidali»[2]; in queste ultime la vendita del prodotto è solo un escamotage per reclutare nuovi soggettiche saranno a loro volta indotti a sollecitare nuovi ingressi. Viene pertanto alimentato un artificioso sistema di vendita che costituisce una distorsione del meccanismo di vendita multilivello[3].In sostanza, l'incentivo economico primario dei componenti la struttura si fonda sul reclutamento di nuovi soggetti e non sulla

---

[2] Cfr. l. 17 agosto 2005, n. 173 sulla disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali, in *Gazz.Uff.*, n. 204, del 2 settembre 2005. Si v. L. TRICOMI, *Nuovi strumenti e tutela dei consumatori contro le forme di vendita piramidale*, in *Guida dir.*, 2005, f. 37, p. 21; G. BISAZZA, *Vendite diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali*, in *Stud. jur.*, 2006, p. 398; C. IRULLI, *Le vendite piramidali nella nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali dal business to consumer al business to business*, in *Stud. jur.*, 2008, p. 656; F. PETRICONE, *Legge 17 agosto, 2005, n. 173, Disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali*, in *Giur. it.*, 2005, suppl. al fasc. 8/9, p. 1.
La l. n. 173/2005 ha dato attuazione alla dir. Ce n. 29 del 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, Direttiva estremamente importante anche per aver comportato la modifica di diverse direttive: la dir. Ce n. 450 del 1984 avente ad oggetto la pubblicità ingannevole, la dir. Ce n. 7 del 1997 in materia dei contratti a distanza, la dir. Ce n. 27 del 1998 sulle azioni inibitorie e la dir. Ce n. 65 del 2002 sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, nonché il regolamento Ce n. 2006 del 2004.

[3]Le differenze con le vendite piramidali sono analizzate in BARELA, *Riflessioni in tema di Network Marketing per un analisi di diritto comparato*, in *www.comparazionedirittocivile.it* e in ID., *Vendita* multilevel *e parametri di tutela in Italia e negli Usa*, Torino, 2017, *passim*.

capacità di vendere i prodotti direttamente o attraverso i componenti la struttura medesima[4]. Invero, anche l'art. 23, comma 1°, lett. *p*, cod. cons. qualifica scorretta la condotta del professionista che avvia, gestisce o promuove «un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti».

La legge n. 173 del 2005 elenca gli elementi presuntivi tipici di un sistema illecito, identificabili nei seguenti obblighi: obbligo di acquistare dall'azienda o da terzi una rilevante quantità di prodotto, senza che vi sia diritto di restituzione dell'invenduto; obbligo di corrispondere un'ingente somma all'entrata nel sistema, in assenza di una reale controprestazione; obbligo di acquistare, all'entrata del sistema, prodotti o servizi non strettamente necessari o comunque sproporzionati all'attività commerciale svolta. Tuttavia, si tratta di presunzioni che richiedono un'attenta attività ermeneutica in grado di determinare se lo schema sia concretamente piramidale[5].

Invero, tutte le forme anche di successo delle vendite multilivello inducono e non obbligano all'acquisto dei prodotti per uso personale; eppure è bene che sia posta una particolare attenzione a quali siano gli elementi che persuadono ed invogliano all'acquisto. Solo l'attenta analisi del piano dei compensi consente di smascherare le forme di acquisti finalizzate all'acquisizione di una certa posizione nel sistema che conducono l'incaricato in un circolo vizioso. Si pensi al c.d. *autoship*, ordine di acquisto automatico, da parte degli incaricati, di un determinato quantitativo di prodotto con cadenza periodica e con spedizione automatizzata, che difatti, non di rado, rappresenta la maggiore fonte di introiti da parte delle imprese che praticano vendite piramidali.

Nel network marketing, invece,la vendita del bene deve avere finalità primariamente consumeristiche, per cui il bene deve essere destinato ad un uso personale benché possa anche essere strumentale all'acquisizione di una posizione nella gerarchia dei venditori. Ne è prova l'articolato piano dei compensi, in grado di incentivare e gratificare gli incaricati alle vendite, distinguendo tra profitti al dettaglio, bonus per l'acquisizione di nuovi clienti, commissioni di squadra o bonus come leader di squadra, sino alla possibilità di ottenere una percentuale di compensi commisurata alle vendite globali dell'azienda.

2. La vendita multilivello offre molti spunti di riflessione in merito ad aspetti di carattere strettamente civilistico, come quelli relativi alla figura dell'incaricato, ed in particolare ai termini e condizioni applicabili al contratto di incarico con incidenza sulle categorie civilistiche[6], posto che l'incaricato, oltre a vendere il bene, ha un ruolo di promoter che si rivela essenziale ai fini della gratificazione economica della propria attività e, in relazione all'impresa, presenta spesso una fisionomia analoga a quella del consumatore.

Il network marketing appare però di grande interesse anche in merito all'individuazione degli strumenti più idonei atti a regolamentare e tutelare questa forma di

[4] Cfr. art. 5, comma 1°, l. 17 agosto 2005, n. 173.

[5] Cfr. A. STRATA, M. PRINCIPE, *Network Marketing. Analisi giuridica di una strategia aziendale*, Roma, 2016, p. 44 ss.

[6] Questi aspetti sono stati analizzati in uno studio volto a superare le rigide definizioni di professionista e consumatore in V. BARELA, N*uove fisionomie di consumatori e professionisti. Un'ipotesi applicativa: network marketing*, in *www.comparazionedirittocivile.it/*.

vendita, in considerazione delle nuove dinamiche comunicative e ai correnti impulsi economico-sociali; ed è su questo aspetto che il presente contributo intende soffermarsi.

La figura dell'incaricato alle vendite è, perciò, solo uno dei tanti aspetti di grande interesse che solleva il tema della vendita multilivello, carente di una completa regolamentazione, che tuttavia, si rileverebbe forse inadeguata lì dove la fonte fosse legislativa, in considerazione della globalizzazione del mercato, di cui questo fenomeno è massima espressione. L'evoluzione delle dinamiche di queste pratiche commerciali è estremamente veloce e frenetica ed è per questo che le fonti di diritto e quelle interpretative devono essere in grado di adeguarsi alle nuove esigenze di tutela[7]. Gran parte delle imprese che operano attraverso il network marketing sono multinazionali e questo dato si rileva molto interessante, laddove l'atteggiamento nei confronti delle stesse, trasposto in provvedimenti giudiziari o di autorità amministrative, nei diversi ordinamenti, sia stato manifestamente disomogeneo. E' palese che la globalizzazione del mercato provochi una spinta verso una globalizzazione del diritto, intesa anche come limite del potere del controllo statuale[8], determinando l'intensificazione del contrasto rilevato tra la territorialità della norma e l'universalità dei fenomeni economici[9].

Guida del mercato globale è il consenso economico, non riconducibile ad un consenso democratico[10], in quanto sfugge al modello partecipativo, asse del potere legislativo e proprio della legislazione ordinaria, ed è anche per questo che la correlazione biunivoca tra norma e regola statuale si palesa spesso debole[11] in questa materia.

Il tema della concorrenza sleale interessa molto il *network marketing* giacché può mascherare forme di commercio anticoncorrenziale, come le vendite piramidali, ed è per questo che si rendono opportune due politiche di indirizzo, l'una volta a tutelare la parte debo-

---

[7] Questi aspetti sono intrinsecamente connessi al tema della crisi del positivismo giuridico, la cui analisi in considerazione della fenomenologia della complessità sociale è svolta da A. FALZEA,voce *Complessità giuridica*,in *Enc. dir., annali IV*, 2007, p. 201 ss.; M.R. FERRARESE, voce *Globalizzazione giuridica*, in *Enc. dir., annali IV*, 2011, p. 547 ss.

[8] Si v. il prezioso contributo di G. ALPA, *Paolo Grossi: alla ricerca di un ordine giuridico*, in *Contr. e impr.*, 2016, II, p. 399, che riprendendo le parole di Paolo Grossi evidenzia come uno storico del diritto riesca a «cogliere i germi di una evoluzione destinata a protrarsi nel tempo […] finanche a spingersi nell'interpretazione dei segni del futuro».

[9] Per una compiuta elaborazione di tale concetto si v. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, p. 42 ss. Sul ruolo unificante svolto dal diritto globale dell'economia, quale strumento principale dell'unificazione giuridica, oltre che economica si v. E. PICOZZA, *Diritto dell'economia: strumento di unificazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2015, p. 507 ss.

[10] Tuttavia, la genesi di una politica anti concorrenza sleale trova le sue radici nello *Sherman Act*, la legge emanata dal Congresso degli Stati Uniti Stati Uniti nel 1890 e ispirata a due finalità: la prima, politica, volta ad evitare che una eccessiva concentrazione economica possa falsare il funzionamento del sistema democratico; l'altra, di protezione delle piccole imprese, nondimeno strettamente connessa alla prima, giacché il funzionamento del pluralismo economico presuppone un società democratica garantita da una legislazione concorrenziale. Per un attento studio sul tema antitrust, volto ad offrire una metodologia interpretativa della materia si v. C. OSTI, *Diritto della concorrenza*, Bologna, 2007, p. 15. Con lo *Sherman Act* è stato per la prima volta dichiarato illegale qualunque accordo tra le imprese, operanti nell'ambito di certo mercato, volto a pilotare i termini concorrenziali. Cfr. V. PEPE, *Il processo di istituzionalizzazione delle autorità indipendenti: l'antitrust*, Milano, 2005, p. 133.

[11] Sulla crisi del positivismo, intesa quale crisi della sovranità si v. P. RIDOLA, *Comparazione e diritto europeo*, in *I nuovi confini del diritto privato europeo*, a cura di Alpa, Milano, 2016, p. 11 ss. e a p.15: L'A. spiega come «la crescita delle interdipendenze su scala globale […] ha sottoposto a tensioni inedite non solo il raccordo fra la cittadinanza e gli spazi dello stato nazione, ma il nesso tra il raggio di azione dei diritti e la dimensione della statualità».

le del contratto[12], l'altra volta a garantire un corretto funzionamento del mercato in un sistema di libera e leale concorrenza a cui deve conformarsi l'autonomia privata[13], entrambe bilanciate dall'attuazione del principio di sussidiarietà che, nelle sue molteplici esplicazioni, sempre «esprime la tendenziale funzione vicaria del diritto oggettivo rispetto all'autonomia dei privati»[14]. Questa funzione vicaria può essere assolta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) che, come tutte le autorità indipendenti, svolge un ruolo di carattere giustiziale, mossa dall'esigenza di proteggere categorie di interessi, generalmente collettivi e diffusi, soggette alle insidie dei poteri forti[15]. Ad ogni modo, ai sensi dell'art. 27 cod. cons., la violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette è affidata dall'AGCM, a cui sono attribuiti poteri di accertamento, inibitori e sanzionatori[16].

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato si presenta l'organo maggiormente idoneo a colmare le lacune in questo settore in attuazione di un principio di sussidiarietà la cui accezione esplica una forma di delegificazione[17], in ragione della dismissione del potere da parte del legislatore ordinario a vantaggio di una normazione secondaria, che darebbe vita ai cc.dd. ordinamenti «sezionali»[18]. Tuttavia, è bene porre mente che l'AGCM, così co-

---

[12] Sulla rilevanza dell'interesse del consumatore nell'esercizio della funzione amministrativa da parte dell'AGCM si v. N. PISANI, *Concorrenza, consumatori e programmi di complianceantitrust*, Milano, 2015, p. 76; A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, p. 195.

[13] La necessaria conformità dell'autonomia privata ad un paradigma concorrenziale è enucleata da A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in AA.VV., *Contratto e antitrust*, a cura di Olivieri e Zoppini, Roma-Bari, 2008, p. 3.

[14] Testualmente E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, p. 774. D'altronde, come spiega l'A., «la stessa normazione ha una funzione sussidiaria: ed in ciò è l'essenza del diritto, testimoniata dalla storia, che ci rivela un costante intersecarsi di autorità e libertà, da un diritto ridotto al rango della volontà del sovrano a quello in cui si traducono le istanze dell'uomo e della società». Si v. anche le riflessioni di Del Prato in merito al fenomeno del controllo amministrativo sul contenuto dei contratti nel contributo *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 515. Si v. anche N. MARZONA, *Il potere normative delle autorità indipendenti*, in AA.VV., *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchi, Bologna, 1996, p. 87.

[15] Si v. M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, 1995, p. 1. L'interesse collettivo e diffuso non deve essere inteso come interesse necessariamente statale o pubblico, in tal senso si v. M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in AA.VV., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di Bassi e Merusi, Milano,1993, p. 116 ss.

[16]Cfr. S. SICA – V. D'ANTONIO, in *Comm. cod. cons.*, a cura di Stanzione e Sciancalepore, Varese, 2006, *sub.* art. 27, p. 149; CAZZATO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in AA.VV., *Il diritto dei consumatori*, a cura di Alpa e Catricalà, Bologna, 2016, p. 207 ss.

[17] In questo caso, seguendo il pensiero di del Prato, «il principio di sussidiarietà esula dal dettato costituzionale non operando né tra enti territoriali, verticalmente, né a vantaggio dell'autonomia dei cittadini, orizzontalmente» esprimendo invece una riduzione dell'operatività della norma primaria a vantaggio di una normazione secondaria devoluta ad un ente svincolato, almeno formalmente dal potere esecutivo. Si v. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 784.

[18] Si v., *ex multis* A. ZITO, *Mercato, regolazione del mercato e legislazione antitrust: profili costituzionali*, in *Jus*, 1989, p. 232; AA.VV., *Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*, a cura di G. Vesperini e G. Napolitano, Viterbo, 1998, *passim*; N. LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 409 ed in part. p. 418; S. CASSESE, *Regolazione e Concorrenza*, nel volume dal medesimo titolo, a cura di Tesauro e D'Alberti, Bologna, 2000, *passim*; M. DE BENEDETTO, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, 2000, *passim*; M. TODINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. dir.*, 2002, p. 112; AA.VV., *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. Ferrari, M. Ramajoli e M. Sica, Torino, 2006, *passim*.

me l'Autorità garante per la protezione dei dati personali, non hanno un potere di normazione esterna; ne consegue che sarebbe forse opportuno ascrivere il potere dell'AGCM tra le fonti di produzione di diritto "indirette" in una logica ove il potere discrezionale dell'azione amministrativa si serve della tecnica dell'interpretazione per assumere una funzione più prossima a quella propria degli organi giudiziari[19].

E' una materia che si evolve in modo estremamente rapido per cui anche uno studio casistico dei diversi interventi deve essere necessariamente agganciato a principi e valori comuni per evitare che diventi subito obsoleto. I principi,quali la libera concorrenza, l'autonomia privata, la tutela del contraente debole[20] hanno valenza sovranazionale e devono ergersi a primarie guide interpretative sia per le autorità amministrative sia per gli organi giurisdizionali al fine di identificare e "regolare" nuove pratiche commerciali lecite.

Il tema invita a rivolgere l'attenzione all'esperienza statunitense dove sono nate le prime forme di vendita multilivello, nonché le prime autorità indipendenti, che rivelano come la globalizzazione del mercato possa essere agevolata anche attraverso queste forme di vendite dirette. Tuttavia, qualunque tentativo di comparazione deve considerare l'incidenza del diverso contesto storico, politico e sociale in cui si inserisce un fenomeno giuridico. Così è interessante osservare come l'istituzione delle autorità indipendenti, mentre in Italia coincide con la crisi dell'intervento dei pubblici poteri nell'economia, negli USA segna l'ingresso del diritto pubblico nell'economia del mercato, considerata sin a quel momento capace di autoregolamentarsi[21].

Gli Stati Uniti, sebbene siano la patria delle vendite multilivello, ad oggi sono privi di un intervento legislativo nazionale, ma sono dotati di regole operazionali enucleate dall'intensa attività interpretativa delle Corti federali e della *Federal Trade Commission* (FTC), l'agenzia governativa, istituita nel lontano1914, che si occupa principalmente di far rispettare il divieto di pratiche scorrette o fraudolente o che mettano in pericolo la libera concorrenza. L'attività della FTC ha consentito di delineare sempre meglio nel corso degli anni le condizioni necessarie perché una vendita possa essere considerata multilivello e non piramidale[22]. La FTC, attraverso severi provvedimenti e duri accordi con le imprese, ha ridefini-

[19] Difatti, in un'analisi sulla natura dell'AGCM la natura paragiurisdizionale di questo organismo è esaltata da M, CLARICH, *op.cit.*, p. 120.

[20] Una delle declinazioni della tutela del consumatore in queste forme di vendite dirette è la tutela da abuso di posizione dominante, di cui non esiste una definizione univoca ed, invero, una rigida definizione finirebbe per essere tautologica. Tuttavia, sicuramente è utile riferire della nota definizione, elaborata dalla Corte di giustizia, secondo cui una posizione dominante corrisponderebbe ad una «posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la presenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti dei suoi clienti ed, in definitiva, dei consumatori». Così, nel caso Hoffman La Roche. Cfr. V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2009, p. 55.

[21] Si v. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1997, p. 650.
Per una ricostruzione storica si v. M. D'ALBERTI, *op.cit.*, p. 2. In ogni caso come autorevole dottrina rileva, bisogna cogliere la differenziazione ontologica che caratterizza gli Stati Uniti rispetto agli Stati europei e pertanto anche l'ordinamento italiano. Per uno studio che coglie la natura trascendente dell'ordinamento americano si v. P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, Lecce, 2013, ed in part. p.139 ove l'A. spiega come negli Stati Uniti lo stato politico sia incarnato «nello stesso regno della giurisdizione come manifestazione della legge».

[22] La *Federal Trade Commission* è stata istituita dal *Federal Commission Act* 1914 con il primario obiettivo di garantire il rispetto dello *Sherman Act* (1890) che sancì il divieto di qualsiasi comportamento anticoncorrenziale, e stabilì a tal fine la riduzione dei monopoli e il divieto dei cartelli espliciti.In ogni caso, ancora oggi, la politica antitrust negli Stati Uniti si fonda sulle tre storiche principali normative: *Sherman Act* (1890), il *Clayton Act* (1914) e il *Federal Trade Commission Act* (1914), chiaramente tutte integrate, modificate ed in parte stralciate nel

to i termini contrattuali nell'ambito di questo settore, influenzando l'andamento del mercato, fungendo da «*rule-making body*» per gli operatori del settore. I poteri investigativi e correttivi della FTC sono molto ampi e la possibilità della stessa Commissione di ricorrere alla Corti federali per cristallizzare un suo "ordine" ha ulteriormente rafforzato la definizione sempre più dettagliata di ipotesi di vendite multilivello. La Commissione statunitense può chiedere al giudice federale non solo di sanzionare con multe e/o disporre l'interruzione dell'attività, ma altresì di condannare le aziende a risarcire il danno nei confronti degli incaricati alle vendite rimasti vittime di un sistema illecito[23]. Diversamente, l'Autorità italiana non dispone di potere disciplinare analogo alla FTC, ma opera quale organo inquirente e sanzionante, con ridotto potere di intervento regolamentare – se non indiretto – nel settore di cui le è demandato il controllo; e questo elemento rappresenta certamente un forte «discrimen» nell'esame dei poteri delle due autorità *antitrust*, statunitense ed italiana[24].

L'assenza di una legge federale, che probabilmente non ci sarà mai, in ragione della continua evoluzione del fenomeno e della non proficuità di imbrigliarlo in regole rigide, accentua maggiormente la valenza dell'attività della *Federal Trade Commission*, spesso cristallizzata dalle pronunce delle Corti federali. Le decisioni della FTC più significative hanno coinvolto la commercializzazione di prodotti di cosmesi o integratori alimentari e in tutti i provvedimenti è possibile registrare un'evoluzione della disciplina delle vendite multilivello, attraverso una meticolosa analisi e una precisa interpretazione da parte della Commissione degli articolati piani di compensi[25] e delle singole clausole contrattuali, talvolta identificabili in specifiche «*Rules*».

---

corso degli anni. Dal 1938 alla *Federal Trade Commission* (FTC) è attribuita la competenza di reprimere tutti gli abusi che possono pregiudicare una scelta consapevole dei consumatori, attraverso la proibizione di campagne pubblicitarie ingannevoli. Inizialmente la competenza della FTC era limitata ad alcuni particolari settori merceologici (cosmetici, cibo, medicinali, strumenti di lavoro) e le sanzioni potevano essere disposte solo qualora si fossero verificati danni alla salute del consumatore. Nel 1973 una modifica della normativa eliminò le limitazioni merceologiche e, per ovviare ai problemi derivanti dai tempi lunghi necessari per la conclusione delle istruttorie, attribuì alla FTC il potere di agire presso qualsiasi Corte federale al fine di ottenere provvedimenti provvisori di sospensione delle campagne pubblicitarie ritenute ingannevoli, nonché infliggere un risarcimento del danno, rivelatosi spesso non solo compensativo ma caratterizzato anche da una funzione di sanzione e di deterrenza. Il suo potere di emettere «prospective injunctions» o provvedimenti sanzionatori la pone in una posizione talvolta concorrente talaltra complementare al «Department of Justice», espressamente delegato a compiere valutazioni *ex post*. Sul punto si v. R. PERITZ, *Toward a Domestic Competition Network*, in AA.VV., *Competition Laws in Conflict*, a cura di Richard e Michael Greve, Washintgton D.C., 2004, pp. 316-331.

[23] In particolare, l'impresa può essere obbligata a versare un sostanziale importo da destinare a un fondo a beneficio dei soggetti danneggiati. La FTC ha anche il potere di compiere attività "non aggiudicative" che rappresentano il complesso «*informal enforcement*» della legge, volto alla ricerca di una soluzione consensuale prima di intraprendere un procedimento formale.

[24] Ciò non significa che, in via generale, non siano di ausilio anche le mere segnalazioni dell'AGCM, così come i suoi pareri non vincolanti in merito a norme di legge, regolamenti o provvedimenti amministrativi di carattere generale, finalizzati ad evidenziare distorsioni della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato, contrarie ad esigenze di interesse generale.

[25] Cfr. *Federal Trade Commission*, procedimento *v.* Koscot Interplanetary Inc., 1975, n. 1106 e *Federal Trade Commissionv.* Amway, 1979, n. 93 in *www. ftc.gov*. Il caso Amway è noto per aver consentito l'individuazione delle cc.dd. «salutary features», ossia le regole "salutari" che consentirono alla Amway di evitare che il sistema potesse essere configurato in guisa di uno schema piramidale. A titolo esemplificativo si menziona: la «*Buy Back Rule*», con la quale veniva garantito ad ogni incaricato il diritto di rimborso del prezzo di acquisto dei prodotti restituiti in caso di uscita dal sistema di vendita; o la 70% Rule che imponeva al distributore la vendita di almeno il 70% dei prodotti acquistati ogni mese, prima di poter procedere all'acquisto di altri prodotti.

Nel diritto federale americano, inoltre è consentito alla stessa Autorità garante di rivolgersi alla Corte federale affinché "ratifichi" gli accordi assunti dalla stessa Commissione con le imprese di *network marketing*, mentre nell'ordinamento italiano il ricorso alla giustizia amministrativa è accordato solo all'impresa soccombente al provvedimento dell'autorità garante. In ogni caso, la giustizia amministrativa, ad oggi, quanto meno in prima battuta, appare conformata del tutto alle posizioni dell'Autorità garante, di cui ha sposato appieno la rigidità interpretativa[26] (certamente anche con encomiabili finalità di tutela della posizione debole del consumatore sul mercato).

Diversamente dall'esperienza americana, l'AGCM ha avviato ancora pochi procedimenti istruttori aventi ad oggetto l'attività di imprese operanti attraverso il *network marketing*; inoltre, i procedimenti conclusi hanno avuto tutti esiti meramente sanzionatori e effetti demolitori per l'intera attività dell'impresa coinvolta e giammai hanno, anche solo parzialmente, contemplato l'eventuale accoglimento di proposte dell'impresa di modifica al modello di distribuzione adottato[27]. Come si vedrà, le proposte di impegni presentate dalle imprese, nei confronti delle quali era stato avviato un procedimento da parte dell'AGCM, presentano forti limiti e sono molto lontane, anche per connotati e ispirazione, agli accordi a cui giungono le imprese americane con la FTC.

Ai fini di questa indagine e per comprendere meglio le potenzialità dell'attività dell'AGCM, nonché la complessità di questi sistemi di vendita, sembra utile esaminare la vicenda Vemma Italia oggetto di un provvedimento dell'Autorità garante[28]. Il caso Vemma è di particolare interesse, non solo perché può illustrare – in via esemplificativa – le insidie di questi meccanismi, ma soprattutto perché la stessa multinazionale è stata oggetto anche di un provvedimento della *Federal Trade Commission*, poi confermato e rafforzato dalla Corte federale dell'Arizona[29]. Il caso Vemma negli USA rappresenta, insieme ai casi *Koscot* e *Am-*

Questa regola aveva il preciso scopo di evitare che i distributori fossero indotti ad accumulare materiale da vendere, al solo fine di ottenere il riconoscimento di bonus. Per un'analisi del percorso interpretativo tracciato dalla FTC sia consentito il rinvio a V. BARELA, *Vendita* multilevel *e parametri di tutela in Italia e negli USA*, cit., p. 121 ss.

[26] Si veda in questo senso le recentissime sentenze del Tar Lazio, la n. 8905 del 24 luglio 2017 e la n. 8779 del 20 luglio 2017. Nella prima delle due sentenze, resa nel procedimento instaurato dalla Organo Gold Italia, ad esempio, il Tribunale Amministrativo di primo grado osserva, a proposito delle proposte di modifica al piano compensi, avanzate dall'azienda, che "non può ravvisarsi, nel caso in esame, un'ipotesi di ravvedimento operoso, che presuppone non il semplice venir meno della pratica commerciale scorretta ma una condotta attiva tesa ad eliminare le conseguenze della precedente condotta, assente nel caso di specie".Nella seconda sentenza, avente ad oggetto l'annullamento emesso contro la Asea Italy Srl, il Tar, pur operando un interessante approfondimento del concetto di autoconsumo («autoship»), si conforma del tutto alla decisione dell'Autorità Garante, respingendo il ricorso e confermando il carattere piramidale del sistema di vendita dell'azienda ricorrente.

[27] Cfr. Caso Asea Italy S.r.l. (Asea Acqua della salute) AGCM, procedimento PS8171, provvedimento n. 24785 del 5 febbraio 2014, pubblicato sul Bollettino dell'Autorità del 10 marzo 2014; caso OneLife Network Ltd Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, procedimento PS10550, decisione del 25 luglio 2017; caso OneCoin, AGCM, provvedimento n. 10550 del 25 luglio 2017; caso Dexcar, AGCM, provvedimento n. 10049, del 22 marzo 2017 in *www.agcm.it*.

[28] AGCM, procedimento PS7621 – Vemma Italia, Provvedimento n. 24784 del 5 febbraio 2014, pubblicato sul bollettino dell'Autorità garante del 10 marzo 2014 in *www.agcm.it*.

[29] Cfr. «United States District Court for the District of Arizona», case no. CV-15-01578-PHX-JJT, *Federal Trade Commission* (Plaintiff) *v.* Vemma Nutrition Company, Vemma International Holdings Inc., Benson K. Boreyko, Tom Alkazin (Defendants) and Bethany Alkazin (Relief Defendant) in *www.ftc.gov*.

way (che l'hanno preceduto) ed *Herbalife*[30] dello scorso luglio 2017, uno dei casi che hanno di fatto legittimato e "regolamentato" le vendite multilivello, della cui esegesi hanno beneficiato tutti gli interpreti della materia[31]. Così, mentre l'attività della Vemma Italia è stata interrotta con il provvedimento della ACGM che ha definito piramidale detta attività di vendita, la *Vemma Nutrition Company / Vemma International Holdings Inc.* continua ad operare nel mondo grazie alle modifiche apportate a seguito dell'accordo convenuto con la FTC e traslato in una pronuncia della Corte federale.

3. La descrizione del piano dei compensi delle società del *network marketing*, pur apparendo molto tecnica, si rivela indispensabile per comprendere la logica e la liceità o meno di questa pratica commerciale.

La società Vemma era ed è conosciuta in tutto il mondo per la commercializzazione di alcuni prodotti a base di succo di mangostano, reclamizzati per le loro speciali proprietà terapeutiche. L'attenzione dell'Autorità garante italiana era stata richiamata dalla promozione dei suddetti prodotti Vemma attraverso il coinvolgimento nel sistema di soggetti che erano sollecitati – con modalità molto esuberanti e perseveranti – a reclutare un numero sempre crescente di partecipanti.

La partecipazione al sistema operativo in Italia era subordinata alla registrazione al sito dell'azienda, a seguito della quale era immediatamente richiesto di effettuare un ordine di spedizione automatica per un valore minimo di 60 QV (Qualifyng Volume) ogni mese, condizione che avrebbe consentito all'incaricato il diritto di percepire un reddito immediato. L'incaricato avrebbe poi potuto acquistare pacchetti prodotto, definiti *Builder Pack* che gli avrebbero permesso di beneficiare di quando predisposto dal piano dei compensi ed in misura diversa, a seconda che fosse stato scelto il c.d. *Silver pack* o *Gold pack*[32] (rispettivamente al prezzo di euro 599 ed euro 999), pacchetti-prodotto la cui vendita, all'esito delle indagine istruttorie, risultò costituire una parte consistente del fatturato della Vemma. Ciascun incaricato doveva attivare inizialmente due canali, o – se si preferisce –*team* o linee di vendita, e ciascun livello di compensi era strettamente connesso ai punti premio conseguenti alla spedizione automatica dei prodotti e ai *Brand Partner* attivi, ossia agli incaricati al-

[30] Si v. «United States District Court for the Central District of California», case no. 2:16-cv-05217, *Federal Trade Commission* (Plaintiff)v. Herbalife International of America Inc., Herbalife International Inc. Herbalife Ltd. (Defendants) in *www.ftc.gov*.

[31]Così, la vicenda Koscot ha puntato i primi riflettori sul divieto di una «*entrance fee*», sulle informazioni fuorvianti rese negli «opportunity meetings» e sulle garanzie dell'incaricato, ossia il diritto di recedere senza motivazione e il diritto di vedersi restituite le somme investite all'esito del recesso. Il caso Amway ha cristallizzato la centralità della vendita del prodotto, mentre il procedimento Herbalife ha consentito di pervenire ad una puntuale definizione dell'acquisto consumeristico, precisando i termini entro i quali esso possa essere considerato realmente "per uso personale" e non strumentale alla sola acquisizione di una posizione nella rete di vendita.

[32] E' molto comune l'utilizzo di espressioni raffigurative di un'idea di ricchezza, rappresentando la stessa la motrice dello sviluppo di questi modelli di vendita. Si pensi alla società Jeunesse, anch'essa impegnata alla produzione e distribuzione di prodotti di bellezza, che nel piano dei compensi finanziari scaglionati sui diversi livelli esecutivi, acquisiti dagli incaricati, fa richiamo al nome di pietre preziose, contemplando così, dal livello più basso a quello più alto: associato, distributore, esecutivo, esecutivo giada, esecutivo perla, esecutivo zaffiro. Inoltre, da quest'ultima posizione è possibile accedere al livello dirigenziale, scaglionato a sua volta nei seguenti gradi, così indicati in ordine crescente: direttore rubino, direttore smeraldo, direttore diamante, direttore doppio diamante.

le vendite arruolati personalmente. Nonostante i *bonus* formalmente dovessero rappresentare un guadagno ulteriore rispetto alla provvigione derivante dalle singole vendite, di fatto essi hanno rappresentato l'incentivo e talvolta la gratificazione maggiore del sistema[33]. Tra i bonus, non resi noti subito al momento della sottoscrizione dell'incarico, rileva particolarmente il «frenzy bonus», proprio perché manifestamente legato al volume delle vendite dei nuovi iscritti. Il conseguimento del «*frenzy bonus*», variabile dai 150 ai 300 Euro, era strettamente subordinato al coinvolgimento, nel lasso temporale settimanale, di almeno tre nuovi incaricati nel sistema e agli acquisti effettuati da quest'ultimi, principalmente con lo strumento dell'*autoship*. La commercializzazione del prodotto era legata principalmente all'inserimento di nuovi membri e i consumatori di fatto venivano reclutati come incaricati alle vendite e obbligati ad acquistare i prodotti al fine di rimanere nel sistema produttivo di bonus che, per i più, si rendeva necessario per rientrare almeno nelle spese sostenute sotto forma di kit di ingresso, ossia quelle relative all'acquisto di *builder pack* (pacchetto prodotti), o mediante gli acquisti *autoship*, anche se la primaria ambizione era di conseguire i maggiori benefici economici promessi. Nel giugno 2013 fu avviato un procedimento dall'AGCM nei confronti della Vemma Italia S.r.l. volto a verificare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette in violazione degli articoli 20, 21 comma1°, lettera *b* e *c*, e 23, lettere *p* e *s* del Codice del consumo. In data 29 luglio 2013, la società Vemma trasmetteva all'AGCM una serie di impegni in ragione dei rilievi formulati nella comunicazione di avvio del procedimento e la richiesta di proroga del termine di conclusione del procedimento[34]. Gli impegni furono presentati proprio con l'intento di superare i profili di illegittimità della pratica commerciale e della pubblicità realizzata[35].

Ora, al fine di individuare gli anelli deboli del sistema, che ne evidenziano il carattere piramidale, nonché, e soprattutto, comprendere l'atteggiamento dell'AGCM nei confronti di questa vicenda, è utile soffermarsi sulla proposta di modifica al piano dei compensi, formulata dall'impresa, e sulla reazione della AGCM che, con delibera dell'11 settembre 2013, ha rigettato sia la proposta di modifica al piano dei compensi, sia la proroga del termine di conclusione del procedimento.

In primis, la Vemma propose di rendere il piano di remunerazione più comprensibile, ammettendo così la complessità della cornice in cui si inseriva la proposta commerciale. Si offrì di introdurre una commissione variabile dai cinque ai quaranta euro per ciascun ordine, stabilendo, quale misura di calcolo, la differenza tra il prezzo di vendita all'ingrosso dei prodotti Vemma e il prezzo raccomandato per la vendita ai consumatori finali. In questo

[33] Qualora la posizione acquisita nel sistema fosse stata confermata per quattro settimane consecutive, l'incaricato aveva diritto all'avanzamento nella "graduatoria". Un altro premio, denominato Enroller Maching Bonus, veniva erogato allorquando oltre all'acquisizione dei 120 punti premio, legati alla spedizione automatica, l'incaricato reclutava quattro brand partner attivi (iscritti personalmente dal medesimo).

[34] La proposta fu avanzata entro i tre mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria avvalendosi di quanto disposto dall'art. 14, comma 1°, d.l. n. 223 del 2006, convertito con modifiche dalla l. 4 agosto, n. 248.

[35] Poiché la pratica commerciale oggetto del provvedimento era stata diffusa a mezzo stampa e attraverso mezzi di telecomunicazione, in data 24 dicembre 2013 è stato richiesto anche il parere all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ai sensi dell'articolo 27, comma 6,° del cod. cons. Con parere pervenuto in data 23 gennaio 2014 la suddetta Autorità ha ritenuto che la pratica commerciale in esame risultava scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1°, lettere *b* e *c*, e 23, lettere *p* e *s*, del cod. cons. e ingannevole principalmente per le seguenti considerazioni: mascherava una vendita piramidale, imperniata sull'acquisizione di nuovi affiliati e forniva informazioni non idonee ad informare sulle effettive caratteristiche del prodotto.

caso l'incaricato avrebbe dovuto essere munito di partita iva e pertanto agire come professionista, dovendo fatturare ed incassare il pagamento del prodotto dal consumatore finale.

In questa proposta, quindi, si prevedeva in modo chiaro il riconoscimento di *bonus* commisurati solo alle intermediazioni dirette e non più alla rete di vendita creata.

Fu proposto, inoltre, di eliminare qualsiasi forma di incentivo connessa all'acquisto di builder pack, così come ogni forma di bonus legata ad ordini automatici di acquisti periodici. In particolare, in merito a quest'ultimo aspetto, la Vemma prospettò, tra le modifiche, l'eliminazione del sistema *autoship* in sede di reclutamento e di attivazione dei nuovi incaricati, nonché quale condizione di accesso a qualunque tipodi bonus.Vemma offrì, inoltre, di rafforzare le politiche poste a tutela del contraente debole, che si esplicano in modo specifico con l'esercizio del diritto di restituzione e del diritto di ripensamento, confermandosi così nuovamente la vicinanza tra le figure di consumatore e di incaricato alle vendite, trattandosi di diritti che, unitamente alle norme volte ad integrare l'aspetto informativo, rappresentano i punti salienti di tutta la normativa posta a tutela del consumatore.

In particolare, l'impresa non trascurò l'impegno di modificare significativamente la comunicazione ed, in modo precipuo, tutti i vecchi messaggi promozionali, anch'essi "indicatori" di vendite piramidali, in quanto contenenti enfatici riferimenti alle illimitate possibilità di guadagno connesse al reclutamento di nuovi partecipanti, esaltando il rapporto tra guadagno e reclutamento.

Questa proposta di modifica ai piani dei compensi, così sommariamente descritta, è estremamente utile, giacché è essa stessa prova delle anomalie del sistema: la Vemma di fatto ammette tutti gli aspetti critici determinanti l'illiceità della pratica commerciale prima ancora di conoscere l'esito dell'indagine istruttoria. Peraltro, i singoli punti della proposta contraddicono tutte le argomentazioni difensive della stessa Vemma rese in seguito in sede di procedimento. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle affermazioni contenute nella memoria difensiva – espresse dopo il rigetto della proposta – secondo le quali «in sede di reclutamento non sussiste in fatto e in diritto alcun incentivo all'acquisto a carico del neo incaricato» o all'affermazione secondo la quale «l'autoship» è un meccanismo organizzato che non ha di certo la funzione di imporre alcunché, né tanto meno acquisti periodici obbligati. La proposta, di contro, era proprio volta a rimuovere questa distorsione della concorrenza e avrebbe prodotto effetti immediati sul mercato, certamente più celeri rispetto a quelli conseguenti all'imposizione alle imprese della sanzione e della diffida dal continuare ad adottare comportamenti ritenuti illeciti.

Il rigetto della proposta di impegni, in considerazione anche del contenuto della stessa che contiene gli "indicatori" delle vendite piramidali, tra i quali, *in primis*, emerge l'assenza della centralità della vendita del prodotto, desta poi ulteriore interesse se si confronta l'esito del procedimento dell'AGCM e quello attivato negli Stati Uniti dalla FTC. L'AGCM, nell'adunanza del 5 febbraio 2014, ha deliberato il divieto della diffusione e della continuazione dell'attività posta in essere da Vemma Italia, con l'irrogazione di una sanzione amministrativa pari a 100.00 euro. Questo provvedimento è stato poi, ai sensi dell'art. 135, comma 1, lettera *b* c.p.a., impugnato dinanzi al Tar del Lazio che, con sentenza del 13 luglio 2017, n. 8377, ha confermato la decisione dell'autorità riconoscendo l'attività istruttoria dalla stessa compiuta e non ritenendo necessaria l'acquisizione di ulteriori elementi. Invero, questo atteggiamento è analogo a quello assunto nei confronti di altri provvedimenti

sanzionatori di vendite piramidali[36], nei quali è stata evidenziata «un'istruttoria particolarmente approfondita e suffragata da numerose evidenze probatorie»[37].

La scelta di compiere una riflessione sull'operato dell'AGCM in merito alla vendita multilivello della Vemma è legata anche all'indole ultranazionale di queste pratiche commerciali che meriterebbero una regolamentazione omogenea, invece ancora lontana. Al riguardo una dimostrazione è resa dall'epilogo della vicenda statunitense, che ha condannato la Vemma ad una sanzione pari a 238 milioni di dollari[38], consentendole però di proseguire l'attività previa modifica di specifici aspetti della pratica, in particolar modo presenti nel piano dei compensi.A tal fine è utile riferire brevemente dei punti essenziali del caso Vemma USA.

4. Gli elementi identificati dalla FTC e le misure correttive adottate giudizialmente dalla Corte federale dell'Arizona si fondano sulle stesse criticità che sono state rilevate dall'AGCM ed in parte "autodenunciate" dalla Vemma Italia nella proposta di impegni. Tuttavia, come si è anticipato, l'approccio adottato dalle due autorità è molto diverso, anche in ragione dei diversi strumenti di cui dispongono.

Anche le accuse mosse dalla FTC si basavano principalmente sul fatto che Vemma consigliava (ma in realtà, al fine di poter effettivamente conseguire guadagni concreti quale incaricato alle vendite, imponeva) agli aderenti di ordinare determinate quantità di prodotti in consegna automatica, ovverosia predeterminata nel tempo, ordini che avrebbero consentito di mantenere il livello assunto nel sistema, e quindi ottenere mensilmente i bonus promessi dall'azienda. Gli stessi rappresentanti di Vemma USA richiedevano quindi un pagamento mensile, definito «*monthly auto-delivery*», come investimento a titolo di start-up del proprio business, che corrispondeva ad un ordine mensile automatico di prodotti per un valore minimo predeterminato. I bonus che potevano essere guadagnati dagli incaricati erano legati, da un lato, alle quantità di acquisti effettuati dai nuovi partecipanti reclutati e, dall'altro lato, all'omogenea distribuzione delle vendite tra i due canali delle *downlines*. Questa dualità, per cui al fine di mantenere il diritto ai bonus era necessario acquistare prodotti in proprio, e i guadagni dipendevano in notevole misura dal reclutamento di altri partecipanti al sistema, ha portato la Commissione ad individuare nel procedimento di vendita diretta di Vemma uno schema piramidale.

Inoltre, si denunciava anche la pubblicità ingannevole che falsava le possibilità di guadagni per gli incaricati alle vendite tramite la partecipazione al business. L'aspetto relativo ai messaggi promozionali ingannevoli è stato ravvisato nell'attività di tutte le imprese che hanno praticato vendite multilivello ed è stato dalle stesse modificato per ottemperare

[36] In tal senso si v. anche la sentenza resa dal Tar Lazio che ha deciso su ricorso presentato dalla Organo Gold contro il provvedimento dell'AGCM (Tar Lazio Roma, sez. I, sentenza n. 8905 del 24 luglio 2017). In modo analogo è stato il Tar Lazio ha deciso il caso Asea Italy (Tar Lazio Roma, sez. I, sentenza n. 8779 del 20 luglio 2017) confermando la natura piramidale dello schema di vendita, individuata dalla AGCM, richiamando le primordiali definizioni di tali pratiche sleali.

[37] Così testualmente in Tar Lazio Roma, sez. I, sentenza n. 8779 del 20 luglio 2017 *in www.giustizia-amministrativa. it.*

[38] Oltre alla cospicua sanzione pecuniaria a carico di Vemma (238 milioni di dollari), sono state disposte sanzioni economiche personali nei confronti del legale rappresentante dell'azienda, nonché principale responsabile della creazione del sistema e della pubblicizzazione dell'azienda negli Stati Uniti, ovverosia Benson K. Boyeko (fondatore e mentore della Vemma).

agli obblighi imposti dalla FTC e dalle Corti federali. La Vemma attirava gli studenti universitari e altri giovani adulti con la prospettiva di diventare ricchi senza avere un tradizionale lavoro, convincendoli, in questo modo, a pagare un «*entrance fee*» (nelle diverse forme) per entrare a far parte dell'organizzazione. Gli incontri ed eventi, che avrebbero dovuto presentare il prodotto, invero erano volti a motivare e formare gli affiliati a reclutare nuovi affiliati. L'attività promozionale si presentava per altro molto suggestiva anche in ragione dei luoghi in cui si realizzava e dell'intrattenimento organizzato con animazione. A parere della Commissione, gli stessi risultati finanziari pubblicati annualmente da Vemma dimostravano che, in realtà, soltanto pochissimi aderenti al sistema raggiungevano davvero il traguardo di guadagni considerevoli, mentre molti ne ricevevano di estremamente ridotti e, addirittura, molti altri non ne ricevevano affatto, chiudendo così in perdita la propria esperienza di incaricati alle vendite. Dalle indagini della Commissione era emerso che la Vemma attraverso i nuovi ingressi aveva guadagnato tra il 2013 e il 2014 oltre 200 milioni di dollari. Queste due caratteristiche della pratica commerciale (modalità di riconoscimento dei bonus e pubblicità suggestiva dei propri prodotti) realizzavano, ad avviso della FTC, violazioni delle disposizioni del FTC Act che proibiscono «pratiche o condotte scorrette o ingannevoli che incidano sul funzionamento del mercato» (ossia, FTC Act, Section 5A, § 45)[39].

Come anticipato, la Vemma ha concluso un accordo con la FTC, recante un piano di modifica delle proprie pratiche commerciali ed una sanzione, pari a 238 milioni di dollari[40], per le condotte considerate non lecite, che è stato integralmente riversato nello «*stipulated order for permanent injunction and monetary judgement*» della «*United States District Court for the District of Arizona*» del 21 dicembre 2016.

In base a questo accordo, alla Vemma sono state proibite per il futuro le seguenti pratiche commerciali: 1) schemi di vendita che attuino sistemi piramidali o Ponzi; 2) schemi di vendita che prevedano l'elargizione di bonus collegati al reclutamento di terzi soggetti nel sistema o all'acquisto da parte dei partecipanti di prodotti per l'autoconsumo; 3) schemi di vendita che prevedano l'elargizione di bonus che non siano in maggior parte collegati alle vendite di prodotto nei confronti di consumatori che non partecipino al sistema (e dunque che non siano a propria volta incaricati alle vendite); 4) pubblicità ingannevoli o che comunque non diano una fedele e precisa rappresentazione delle possibilità di guadagno per gli incaricati alle vendite.

In sostanza, la Commissione (e la Corte federale, di conseguenza, nell'omologare ad ogni effetto di legge l'accordo) ha chiarito che se l'incaricato acquista come consumare nulla quaestio, ma se la quantità del bene acquistato è anomala per il suo uso, in quello stesso momento il prodotto diventa non già l'oggetto del sistema di vendita ma il pretesto per poter sfruttare un'opportunità di guadagno.

Analogo discorso valga per i criteri di calcolo dei bonus che gli incaricati possono guadagnare dalla propria attività: la FTC ha chiarito che tali bonus debbono essere collegati agli effettivi acquisti di prodotto da parte dei consumatori, che necessariamente dovranno essere consumatori finali. Essi potranno essere certamente considerati quindi partecipanti al

[39] Le contestazioni formalizzate dalla FTC nel proprio ricorso sono le seguenti: «*Illegal Pyramid, Income claims, Failure to disclose, Means and instrumentalities*».

[40] Oltre alla cospicua sanzione pecuniaria a carico di Vemma (238 milioni di dollari), sono state disposte sanzioni economiche personali nei confronti del legale rappresentante dell'azienda, nonché principale responsabile della creazione del sistema e della pubblicizzazione dell'azienda negli Stati Uniti, ovverosia Benson K. Boyeko (fondatore e mentore della Vemma).

sistema, ma laddove gli acquisti da parte di altri incaricati rappresentino la maggior parte di quelli cui i bonus sono collegati, la pratica commerciale nasconderà, ad avviso della Commissione, uno schema piramidale illecito.

5. L'epilogo delle due vicende (italiana e americana) con riferimento agli interventi delle autorità garanti nei confronti di Vemma, mostra una significativa differenza, non solo legata ai diversi strumenti di cui ciascuna autorità dispone, ma anche connessa proprio alle diverse modalità di approccio rispetto ai fenomeni distorsivi del mercato. Nel caso Vemma Italia, l'AGCM ha irrogato una sanzione modesta (100 mila euro) vietando all'impresa di continuare ad esercitare la sua attività mentre, invece, nella vicenda statunitense Vemma è riuscita a concludere un accordo che ha consentito la prosecuzione dell'attività assumendo determinati impegni e versando una sanzione elevatissima (238 milioni di dollari). Questa abissale divergenza di misura della sanzione, che accompagna l'impegno di modificare le clausole contrattuali, il piano dei compensi e la politica pubblicitaria, è sintomatica della diversa consapevolezza, negli Usa e in Italia, da parte degli organi di controllo degli interessi economici che muovono queste imprese di vendite dirette. La disponibilità ad addivenire ad un accordo accompagnato da così gravi sanzioni fa emergere la piena cognizione del pregiudizio, ben più gravoso, che conseguirebbe alla paralisi dell'intera attività commerciale. L'adozione di mezzi correttivi e la condanna al pagamento di ingenti sanzioni, che possano avere anche carattere punitivo e non meramente risarcitorio, sono preferiti dalla FTC laddove siano in grado di salvare opportunità di lavoro e attività commerciali competitive. D'altra parte è noto che negli USA si predilige un *enforcement*[41] che dà luogo ad risarcimento con carattere sanzionatorio e deterrente[42] anche quando l'attività anticoncorrenziale richiederebbe più propriamente il divieto dell'operazione negoziale illecita nel suo complesso.

L'AGCM, diversamente, si è limitata ad assolvere la funzione sanzionatoria senza cogliere l'opportunità (introdotta con d.l. n. 223 del 2006 convertito in legge con modifiche dalla l. 4 agosto 2006, n. 248) di accettare gli "impegni" presentati dalle imprese soggette

[41] E questo orientamento è evidente sia che si tratti di «public» o «private enforcement».

[42] La valenza e l'importanza della polifunzionalità della responsabilità civile attraverso i «punitive damages» è stata rilevata da P.G. MONATERI, già nel 1998, nell'opera *La Responsabilità civile*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da Sacco, Torino, 1998, che ne ripercorre anche l'origine storica (p. 19 ss). La recente sentenza della Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, ha offerto un nuovo slancio per la concreta applicazione dei «punitive damages», superando la loro incompatibilità con il principio di ordine pubblico dell'ordinamento italiano, in ragione di una nuova lettura di questo principio, improntata su linee guida di stampo internazionalistico, modulate su un nuovo *leitmotiv*, ispirato al complesso dei principi fondamentali, aventi di per sé valore sovranazionale e transnazionale. L'estrema rilevanza sistemologica di questa decisione che, in veste di *ratio decidendi*, enuncia la polifunzionalità della responsabilità civile, comprendente sia la funzione reintegrativa (nella quale rientra il danno patrimoniale, esistenziale e biologico), sia la funzione sanzionatoria (misurata sulla gravità della condotta del convenuto), e sia quella deterrente (che mira a ridurre il replicarsi di situazioni simili), purché ispirata a criteri predeterminanti che precludano ogni "soggettivismo" giudiziario, è messa in evidenza da P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 437. Per ulteriori commenti alla summenzionata sentenza si v. nello stesso numero di *Danno e resp.*, G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, p. 435. Si v. anche A. DI MAJO, *Risarcimento anche con funzione punitiva. Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1787; S. BARONE, Punitive damages *e ordine pubblico.* Punitive damages: *multiplo risarcimento sanzionatorio deterrente o iper ristoro solo cautelativo?*, in *Giur. it.* 2017, p. 1358; G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti puntivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contratto e impresa*, 2018, 1, p. 289 ss.

all'istruttoria[43]. Tuttavia, questa scelta può essere compresa se si pone mente che l'accettazione degli impegni esclude l'applicazione della sanzione, mentre la FTC e le Corti federali subordinano l'accettazione della proposta di impegni al pagamento da parte delle imprese di sanzioni molto onerose, che non sono neanche lontanamente contemplate dall'autorità garante italiana. Ciò perché la FTC compie un'analisi che considera non solo il comportamento anticoncorrenziale realizzatosi, ma anche gli interessi economici coinvolti. La prassi, difatti, è nel senso che la stessa FTC sottoponga alla Corte federale competente l'accordo raggiunto con la società che opera attraverso il network marketing; ciò è quanto accaduto per il caso Vemma, ma anche per altre vicende che hanno riguardato multinazionali molto note.

Nell'ordinamento italiano l'istituto della decisione con impegni sembra invece ispirato alla riduzione del dispendio di energie e di risorse amministrative[44], e deroga al dovere di accertamento che incombe sull'Autorità garante. La "decisione con impegni" consente una chiusura anticipata del procedimento senza che si giunga né all'accertamento della sussistenza o meno delle violazioni inizialmente prospettate dall'autorità, né all'irrogazione di sanzioni a carico delle imprese riconosciute responsabili. Pe altro, il termine previsto per la proposizione della proposta di impegni – tre mesi dalla comunicazione all'impresa dell'avvio dell'indagine istruttoria – appare comprimere le potenzialità dell'istituto, posto che le imprese – con molta probabilità – possono, anche in buona fede, non avere ancora gli elementi per individuare quali siano gli aspetti dell'attività che necessitano di correttivi e in che

[43] L'art. 14, comma 1°, d.l. n. 223 del 2006 convertito con modifiche dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, ha inserito nella legge n. 287/1990 una nuova disposizione (art. 14-*ter*) ai sensi della quale: «entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli artt. 2 o 3 della presente legge o degli artt. 81 e 82 del Trattato Ce, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione». Disposizioni di dettaglio, emanate successivamente, hanno poi integrato questa procedura. In particolare la Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-*ter* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, approvata con provvedimento dell'Autorità n. 16015 del 12 ottobre 2006. A seguito poi di una consultazione pubblica avviata dalla stessa Autorità dal 17 settembre 2012 è entrata in vigore una nuova procedura di applicazione dell'art. 14-*ter*, l. n. 287/1990 (disponibile su *www. agcm.it*). A livello europeo, invece, l'istituto degli "impegni" è stato introdotto dall'art. 9 del regolamento Ce n.1 del 2003. Per una disamina sulla prime applicazioni delle decisioni con impegni, sia a livello comunitario (da parte della Commissione) sia a livello nazionale (da parte dell'Autorità garante) si v. A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in AA,VV., *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, a cura di Bruzzone, Bologna, 2008, p. 61; M. BOCCACCIO, A. SAJA, *La modernizzazione dell'antitrust. La decisione con impegni*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, p. 285; V. CERULLI IRELLI, *Consenso e Autorità negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza, in 20 anni di Antitrust, L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Torino, 2010, p. 325; L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'autorità garante*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007, p. 233; C.E. CAZZATO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in AA.VV., *Il diritto dei consumatori*, a cura di G. Alpa e A. Catricalà, Bologna, 2016, p. 217; G. FAELLA, *Decisioni dall'accettazione degli impegni*, consent order *e* consent decree*: l'antitrust e limiti del potere*, XX Colloquio Biennale di Diritto Comparato, Università di Ferrara, 2007, *online*; P. MENGOZZI, *Decisioni con impegni e diritto comunitari,* in *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, a cura di F. Cintioli e G. Olivieri, Milano, 2007, p. 1; A. SCOGNAMIGLIO, *Decisione con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Diritto amministrativo*, 2010, p. 503; G. MAZZANTINI, P. BERTOLI, *Gli impegni nel diritto italiano della concorrenza: un'analisi empirica a cinque anni dalla loro introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2013, p. 141.

[44] Tuttavia, questa funzione è, *in primis*, svolta dal *moral suasion* (letteralmente "persuasione morale"), una sorta di sollecito attraverso cui AGCM invita il professionista a rimuovere le criticità, in modo da evitare l'avvio formale del procedimento e quindi congestionare l'azione amministrativa.

modo sia possibile provvedervi. Invero, ai sensi dell'art. 27, comma 7°, lo strumento non può essere applicato nei casi di "manifesta scorrettezza e gravità", ovvero quando l'Autorità, alla luce dell'ampia discrezionalità tecnica di cui dispone, ritenga che sia opportuno arrivare all'accertamento dell'infrazione[45]; né, per altro verso, il provvedimento che rigetta la proposta di impegni può essere impugnato, visto che si colloca in una fase antecedente l'accertamento, per cui le eventuali censure potranno essere fatte valere solo dopo, in sede di impugnazione del provvedimento finale.

Da queste riflessioni sembra emergere che nell'ordinamento italiano non sia avvertita l'esigenza di salvare l'attività di grandi imprese, attraverso l'imposizione di modifiche strategiche e contrattuali; eppure il raggiungimento di accordi è strumentale ad una maggiore apertura dei mercati alla concorrenza. Se la *ratio* di questa sorta di procedimento abbreviato, che fa seguito all'accoglimento delle proposte di modifica, trova fondamento nel carattere derogatorio di questo iter, e quindi nella sua eccezionalità[46], allora si può comprendere la ritrosia a ricorrervi. Tuttavia, si giustificano meglio le criticità di un'accettazione del programma di impegni (che trattano attività che muovono ingenti interessi economici) laddove si evidenzia il rapporto di alternatività che esiste tra l'accettazione degli "impegni" e l'applicazione della sanzione, per cui la prima implica da parte della AGCM la rinuncia all'inflizione della sanzione[47]. Inoltre, deve considerarsi che l'Autorità garante, attraverso l'accettazione di impegni, esprime un potere massimamente discrezionale, escludendosi un controllo giurisdizionale, visto che le imprese che hanno presentato impegni, poi accettati, non hanno interesse ad impugnare la decisione[48].

Un altro istituto, ove la partecipazione delle imprese è determinante, è quello dei programmi di clemenza (i cc.dd. *leniency programmes*); tuttavia esso rappresenta un sistema molto articolato e particolareggiato che può essere attivato in presenza di specifiche circostanze e non può – ad ogni modo – suffragare le richieste delle imprese che intendono mettersi in discussione e ripristinare la legalità. Invero, nei *leniency programmes*, introdotti in Italia nel 2007, a seguito dell'introduzione dell'art. 15, comma 2-*bis* nella legge n. 287 /1990, la collaborazione dell'impresa è essenziale ma strumentale per l'accertamento dell'infrazione e pertanto le imprese non si sottraggono al completamento dell'istruttoria. In definitiva, anche le *leniency* non possono essere di ausilio per una definizione delle nuove fisionomie delle vendite multilivello. Accordo, transazione o conclusione negoziata del provvedimento appaiono gli strumenti più idonei, in ragione della compartecipazione delle imprese coinvolte, ad indicare i confini delle forme di vendite multilivello che sono sempre in evoluzione e che, a maggior ragione, richiedono un interprete tecnico che valuti gli interessi economici in gioco.

---

45 L'orientamento della giurisprudenza amministrativa è in tal senso. Così, Tar Lazio, sez. I, 10 dicembre 2015, n. 13821 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

46 Così, FATTORI - TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Milano, 2010, p. 431.

47 Le decisioni con impegni esplicano una rinuncia all'accertamento da parte dell'autorità in cambio di un'accelerazione della risoluzione del problema concorrenziale anche nella politica europea. Questa logica si evince in modo chiaro nel *Coca Cola Case*. Cfr. si v. O. ARMENGOL, A. PASCUAL, *Some Reflections on Article 9 Commitment Decisions in the Light of the Coca-Cola Case*, in *European Competition Law Review*, 2006, 3, in part. pp. 124- 129.

48 Un'analisi sulle ipotesi applicative delle "decisioni con impegni" in Italia, in Francia, in Spagna e in Germania, che coglie la diversa vincolatività del principio di proporzionalità, è compiuta da A. PERA, M. CARPAGNANO, *Le decisioni con impegni tra teoria e prassi: un'analisi comparata*, in *Contr. e impr. Europa*, 2008, p. 772.

Per quanto su argomentato si auspica l'introduzione nell'ordinamento italiano di procedure transattive, tra l'Autorità garante e l'impresa, che possano realizzarsi durante tutto l'iter procedimentale, nonché in sede giudiziale, proprio perché la partecipazione dell'impresa si rivelerebbe preziosa per evitare una paralisi di settori di mercato. Il riferimento ad una normativa specifica sulla tipologia di vendita è di aiuto ma non esaustivo, proprio perché si tratta di pratiche commerciali che coinvolgono molteplici attività che devono essere analizzate in ragione della loro stretta correlazione. Si avverte la necessità di operare su principi e valori comuni in grado di avere valenza sovranazionale, quali la libera concorrenza, l'autonomia privata, la tutela del contraente debole, quest'ultima anche quale espressione di abuso di posizione dominante[49]. D'altronde l'operatività delle imprese che operano attraverso il network marketing non è circoscritta a realtà nazionali e, pertanto, sarebbe opportuna una unità di indirizzo e non una duplicazione di controlli o decisioni contrastanti e incoerenti, come è accaduto per la multinazionale Vemma. Il ricorso a principi e valori comuni sembrerebbe confermare la "crisi della fattispecie"[50], nondimeno la vocazione pluralista delle autorità garanti, talvolta inclini a soddisfare gli interessi delle imprese, talaltra più precipuamente quella dei consumatori, consente loro di valutare – proprio attraverso l'analisi degli elementi fattuali – le criticità e gli sviluppi di nuove pratiche commerciali sleali. La valenza della fattispecie rende possibile la piena attuazione della politica degli accordi negli USA che ha inciso non soltanto su schemi commerciali che evidentemente realizzavano sistemi piramidali, ma anche sui modelli aziendali delle imprese più affermate sul mercato, sottoponendo a giudizio l'intero sistema di vendita di *network marketing*, con l'instaurazione di procedimenti che hanno definito analiticamente queste pratiche in termini di liceità o illiceità. I procedimenti instaurati nei confronti della Vemma, in Italia e negli USA, sono pertanto emblematici del diverso atteggiamento della FTC e dell'AGCM, la prima sempre più idonea recepire il dinamismo del mercato, l'altra ancora non sufficientemente strutturata per reagire positivamente all'evoluzione delle nuove pratiche commerciali.

[49] Non esiste una definizione univoca di posizione dominante; d'altronde una rigida definizione finirebbe per essere tautologica. Tuttavia, è d'uopo riferire la nota definizione, elaborata dalla Corte di giustizia Ce secondo cui una posizione dominante corrisponderebbe ad una «posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la presenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti dei suoi clienti ed, in definitiva, dei consumatori». Così, nel caso Hoffman La Roche. Cfr. V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2009, p. 55.

[50] La nota espressione è di N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir., proc.*, 2014, p. 36. *Contra* A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 245. L'A. considera i valori non atti a dare regole alle infinite situazioni che la vita prospetta, in considerazione soprattutto del fatto che il giudice non può essere in grado di gestire così ampia discrezionalità, ponendo mente anche delle difficoltà dei consociati di poter prevedere le prospettive di un giudizio.

STUDI E RICERCHE

CONFIDENTIAL AND ANONYMOUS BIRTH IN NATIONAL LAWS – USEFUL AND COMPATIBLE WITH THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD?

NATAŠA HAD IMANOVI

SUMMARY: 1. Problem: Mothers in Trouble – Children in Trouble. – 2. Contraception and Abortion as Effective Means of Prevention? – 3. Anonymous or Confidential Birth – Help or Problem? – 4. Anonymous Birth – in Contrast or in Line with the Rights of Children to Identity based on the UN Convention on the Rights of the Child? – 5. Anonymous birth – Most Often Just the Beginning of a Transitional Stage. – 6. No Coercion – a Better Law? – 7. Acceptance Instead of Assessment – The Advantages of French Law's Anonymous Birth compared to German Law's Confidential Birth. – 8. How to Handle the Refusal of Motherhood. – 9. What About the Child's Other Relatives? A comparison of German and French law. – 10. Conclusion.

1. It is hard to evaluate and judge a confidential or anonymous birth without insight into the pregnancy preceding it[1].

In this context, it is important to stress that the problem of women leaving their new-born children in unsafe places or even killing them cannot be attributed to a mental illness of the mother. On the contrary, it is first and foremost the woman's situation in life that leads to the failure to find a different way out: "A careful analysis of contemporary cases confirms one fundamental similarity: in virtually every instance, maternal filicide is committed by mothers who cannot parent their child in the circumstances dictated by their particular position in place and time"[2].

Mothers who leave their newborns in an unsafe place often have the following reasons for their actions: They are afraid of a negative reaction from their families, they have

---

[1] Dr. iur., RA, Lecturer at the University of Zurich and former Senior Research Fellow at the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany.

The author wishes to thank Prof. em. Dr. iur. DIETER MARTINY, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law in Hamburg, for his critical review of the first draft of this article and his valuable input as well as Dr. med. CATHERINE BONNET, doctor, psychiatrist, psychoanalyst, violence-researcher and adoptive mother, for the interview and important information, particularly about the background of women who suppress pregnancy and birth, and the consequences for their mental health, as well as the needs of children who have to reconstruct their personal history based on files and records. The author would also like to thank Ms. BETTINA BUJ ÁKOVÁ for her revision of the text and the translation of a substantial part of the text and Ms. EVA NEUMANN for her search of new research material.

[2] M. OBERMAN, *Mothers who kill: Cross-cultural patterns in and perspectives on contemporary maternal filicide*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 2003, (26(5)), p. 493, p. 493 et seq., p. 513f.

financial problems, or the child's father is absent[3]. These mothers are often young, did not intend to become pregnant, and they do not accept their pregnancy[4]. Many of these women have significant personal problems, other children, or live in a violent environment. In some cases the pregnancy is even due to an incestuous or other kind of unpleasant or traumatic sexual encounter[5]. Women who abandon their children cannot, however, be typecast easily[6].

It seems easier to characterise the type of women who kill their new-born children or leave them to die within 24 hours after delivery: In most cases, these women are very young, without a permanent partner, and heavily dependent on their parents or other persons, often relatives[7].

According to a Finnish study, these women are afraid of the reaction of their own mothers or their boyfriends[8]. These women therefore seem to fear that they will be unable to raise the child without a strong network of friends and family[9]. Also, sexuality often seems to be a taboo in the families of these women. Thoughts of pregnancy and birth are suppressed[10]; in some cases that goes so far that the birth process is only perceived as an urge to defecate, and the delivery takes place in the toilet[11].

The children are killed because the mothers panic[12]: They fear that the cries of their newborns, whom they deliver alone and very often in public toilets, could reveal them[13]. These mothers' actions are based on extreme fear and guilt[14].

Nonetheless, according to the same Finnish study, which examined all confirmed cases of filicide in Finland between 1980 and 2000, a few cases of filicide within 24 hours after delivery are committed by married women that are over 26 years old, already have children, went to their pregnancy check-ups and do not keep their pregnancy and filicide a secret; all of these women seem to have pre-existing mental illnesses and they therefore could not be convicted; they state, however, their "inability to cope with the child" as the motive for their acts[15]. Thus there also seem to be external circumstances that

---

[3] A. R. APPELL, *Safe Havensto Abandon Babies, Part II: The Fit , Adoption Quarterly,* 2002 (6(1)), p. 61,p. 62 with further reference.

[4] A. R. APPELL,(fn.3),p. 62.

[5] Case of Odièvre v. France, Application no.42326/98, Judgment 13 February 2003 Nr.36, Reasoning byFrance; C. BONNET, *L'Enfant cassé, l'inceste et la pédophilie*, Paris, 1999), p. 118et seq.

[6] B. WILLENBACHER, *Legal transfer of Franch traditions? German and Austrian initiatives to introduce anonymous birth*, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2004 (18(3)), p. 343, p. 346; Université Médicale Virtuelle Francophone (UvMaF), *L'accounchement sous les* secret (2011–2012), *http://campus.ceri mes.fr/maieutique/UE-sante-societe-humanite/accouchement_secret/site/html/cours.pdf*, p. 9.

[7] A. R. APPELL, (fn. 3), 63; M. OBERMAN, (fn. 2), 495; M.K. KRISCHER - M. H. STONE - K. SEVECKE - E. M. STEINMEYER, *Motives for maternal filicide: Results from a study with female forensic patients*, *International Journal of Law and Psychiatry*, 2007 (30(3)), p. 191, p. 192, p. 197 et seq.

[8] H. PUTKONEN - G. WEIZMANN-HENELIUS - J. COLLANDER - P. SANTTILA - M. ERONEN, *Neonaticides may be more preventable and heterogenous than previously thought – neonaticides in Finland 1980 – 2000*, *Archives of Women's Health*, 2007 (10(1)), p. 15, p. 20.

[9] M. OBERMAN, (fn. 2), p. 495.

[10] "Deny or Conceal Pregnancy", Psychosomatics, 2007 (48(2)), p. 117, p. 118 et seq.

[11] M. OBERMAN, (fn. 2), p. 495.

[12] C. BONNET, (fn.5), p. 120 et seq.

[13] A. R. APPELL, (fn.3), p. 63.

[14] A. R. APPELL, (fn.3), p. 63 with further reference.

[15] H. PUTKONEN - G. WEIZMANN-HENELIUS - J.COLLANDER - P.SANTTILA - M.ERONEN, (fn.8), p. 19.

make it impossible for these mothers to let their children live – at the minimum mental illness does not seem to be the only reason for filicide[16]. These women have no criminal record[17]. However, in a few cases the women repeat the act[18]. There is also a US study that shows that it is not only very young unmarried women who commit neonaticide[19]. These two groups of women – except for the mentally ill – never planned to care for their child[20].

The profile of women who kill their children at a later point of time differs significantly from the profile of those women. It is even harder to generally characterise this group. All the same, mental problems alone fail to account for their acts. They are accompanied by isolation as a decisive factor[21].

These women hide neither their pregnancy nor the birth[22]. Often, they kill their children to protect them from actual or potential harm or suffering[23]. Many of these women are suicidal and commit suicide after killing their child[24].

As mentioned above it seems to be a combination of factors that leads mothers to behave in thisbmanner.

Maybe Eugen Drewermann's analysis of "Hänsel und Gretel" can be generalised to help understand what happens if a mother's soul is starving and poor. Such a mother is unable to givebanything. Everything is too much for her[25]. Drewermann, a theologian and psychoanalyst, describes this situation – even though he meant physical hunger – as follows:"The point is reached when biological weakness turns into psychical defence, into a desire for aloneness: Any other person, simply because of his presence, consumes by his

---

16 Cf. M. OBERMAN, (fn.2), p. 493 et seq., p. 513 et seq.

17 H. PUTKONEN - G. WEIZMANN-HENELIUS - J.COLLANDER - P.SANTTILA - M.ERONEN, (fn.8), p. 19.

18 L. DE BORTOLI - J. COLES, - M. DOLAN, *A review of Maternal Neonaticide: A Need for Further Research Supporting Evidence-Based Prevention in Australia, Child Abuse Review* 2013, (22(5)), 327, 333 et seq.

19 See J. L. SHELTON - Y. MUIRHEAD - K. E. CANNING, *Ambivalence Toward Mothers Who Kill: An Examination of 45 U.S. Cases of Maternal Neonaticide*, *Behavioral Sciences and the Law*, 2010 (28(6)), p. 812, p. 819 et seq.

20 A. R. APPELL, (fn. 3), p. 63 with further reference.

21 A. R. APPELL, (fn. 3), p. 63; M. OBERMAN, (fn. 2), p. 498; M.K. KRISCHER - M. H. STONE - K. SEVECKE - E. M. STEINMEYER, (fn. 7), p. 197.

22 A. R. APPELL, (fn. 3), p. 63.

23 A. R. APPELL, (fn. 3), p. 63 with further reference; M. ORTHOFER - R. ORTHOFER, *Is the introduction of anonymous delivery associated with a reduction of high neonaticide rates in Austria? A retrospective study*, BJOG exchange, *An International Journal of Obstetrics and Gynaecology*, 2013 (120(8)), p. 1028; S. HATTERS FRIEDMAN -R. SORRENTINO, *Commentary: Postpartum Psychosis, Infanticide, and Insanity – Implications for Forensic Psychiatry*, *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 2012 (40(3)), p. 326, p. 327; S. HATTERS FRIEDMAN - J. CAVNEY - PH. J. RESNICK, *Mothers Who Kill: Evolutionary Underpinnings and Infanticide Law*, *Behavioral Sciences and the Law*, 2012 (30(5)), p. 585, p. 589.

23 A. R. APPELL, (fn. 3), 61 with further reference; M.K. KRISCHER - M. H. STONE - K. SEVECKE - E. M. STEINMEYER, (fn. 7), 198; S. HATTERS FRIEDMAN - J. CAVNEY - PH. J. RESNICK, (fn. 23), 589 et seq.; S. HATTERS FRIEDMAN -R. SORRENTINO, (fn. 23), 27.

24 A. R. APPELL, (fn. 3), p. 61 with further reference; M.K. KRISCHER - M. H. STONE - K. SEVECKE - E. M. STEINMEYER, (fn. 7), p. 198; S. HATTERS FRIEDMAN - J. CAVNEY - PH. J. RESNICK, (fn. 23), p. 589 et seq.; S. HATTERS FRIEDMAN -R. SORRENTINO, (fn. 23), p. 27.

25 "Je n'ai pas pu être une enfant, comment voulez-vous que je devienne mère?", C. BONNET, (fn. 5), p. 128 as well as C. BONNET, *Les enfants du secret*, Paris: Odile Jacob, 1992, p. 96: "Ce cri révèle combien il est difficile pour une femme d'aimer son enfant lorsqu'elle même a été en quelque sorte privée de son enfance. Cette réflexion très profonde montre comment l'amour maternel est lié à l'amour des parents. Une femme pourra-t-elle donner l'amour qu'elle n'a pas reçu? Ne préféra- t-elle pas interrompre une chaîne de souffrances? On n'imagine jamais à quel point il faut avoir été une enfant heureuse pour se rêver mère."

demanding existence just the energy that the own body would need so desperately; already the mere contact with another person, a mere conversation, let alone a request or even a new problem, consumes too much of the remaining physical energy. Peace and solitude, to hear nothing, to see nothing – protection through distance and avoidance, those are commands of the body, and this is what is also wanted by the soul now. And now a child! This is what the fairy tale of Hänsel and Gretel portrays us as an initial condition!"[26].

How can a mother's soul that is starving (for love) be helped in such a situation? Can legal norms help persuade women who might endanger their child to choose another, life-affirming path?

Admittedly, the law often only has a limited influence. It can neither magically make society unconditionally accept pregnancy, birth, and the raising of children, nor can it grant a high social standing to mothers and motherhood; only to a limited extent can it provide a social network for isolated mothers in order to prevent the raising of children from becoming too heavy a burden.

Social change cannot be achieved externally by coercion and regulation. Society will only change if its members change: "Who changes oneself, changes the world. There is nothing to improve in this world, but a lot of oneself"[27].

Thus, change is an inner path, chosen by people freely if they want to change in order to mentally grow, and become a better father or a better mother, and a better fellow human being. Only when this happens will women who grew up in such families or who chose this path for themselves become independent individuals, who do not see their children as a threat or as a burden too heavy for them, but shall rather wish to give birth to and raise their child[illegible] with a child is demanding and challenging.

The [illegible] interes[illegible]ople in the deep inner secrets of the metaphysical, psycholo[illegible]d psych[illegible]py, [illegible] groups and counselling shows that many people take ste[illegible]n the di[illegible] of inner[illegible] the goal of which is not to suppress one's own flaws, [illegible] to de[illegible] them respon[illegible]his can therefore be perceived as a gradual collective [illegible]hange[illegible]sciousness, driv[illegible] and greater sensitivity. However, it seems that society will [illegible]gal crutches a litt[illegible] longer, until larger parts of it adopt this line of thinking.

Wh[illegible] of legal norms a[illegible] to reconcile all the differing interests – the self-determi[illegible]of the [illegible]'s right to care and identity, the needs of fathers, grandp[illegible]nd other relativ[illegible]pect of the child, as well as the public interest in safegu[illegible]fe, health and i[illegible] what kind of preventive measures can be taken?

[illegible] the first t[illegible] groups of w[illegible]ccess to regular and emergency contraception such a[illegible] "morni[illegible]fter pill" and [illegible]ortions would theoretically prevent unwanted births [illegible]e en[illegible]g distress. Regula[illegible]aception and – in some countries also – emergency c[illegible]on are freely accessi[illegible]omen, meaning they do not require the cooperation [illegible] partners, medical con[illegible]or treatment, and their family need not know about it [illegible]ight deem it sufficie[illegible]r such means to these women free of charge and e[illegible]hese options.

E. DREWERMANN, [illegible]Aschenputtel, Der Wolf und die sieben Geißlein, Grimms Märchen tiefenpsychologisch gedeutet (München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 2008), p. 19.

[27] TH. DETHLEFSEN, *Schicksal als Chance*, München: Bertelsmann, 198), p. 86 et seq.

Nonetheless, these vulnerable women are apparently very often not in a position to take matters into their own hands[28]and realise their full potential as autonomous human beings. Rather, they find themselves in many cases in the invidious position of being unable to get pregnant because they must not get pregnant. This is because, in their families, sexuality and pregnancy are a taboo. These are, therefore, phenomena that are not only unspoken but are totally unthinkable[29].A significant number of women belonging to the first two groups, therefore, ignore their being pregnant because they cannot even admit their pregnancy to themselves[30]. Human consciousness is capable of doing this, however incomprehensible it may seem to outsiders.

Some women want an abortion at a time in which they can no longer ignore the signs of pregnancy because the mechanisms of repression are no longer powerful enough. If the pregnancy is then too advanced to be terminated, they develop obsessive negative thoughts against the unborn, for which they are deeply ashamed[31].As a result they become mute and paralysed[32] and consequently appear passive and indifferent[33].Only when they are allowed to speak do they show signs of anxiety, tension, and violent aggressive feelings[34]. But where does this aggressiveness come from?

Women with strong aggressive feelings have often been – so it seems – subject to sexual violence in their youth. Be it through being victims of rape by strangers or even males closely related to them, or be it through confrontation with adult sexuality in other shocking ways[35], they are – as discussions with affected women have shown – reminded of these traumatic experiences throughout the pregnancy and birth[36].Aggression towards the child is to be understood as an attempt to eliminate their own uncontrollable distress from memories of traumatic experiences relating to sexuality triggered by the pregnancy and the childbirth[37].

It seems, however, that most women who kill their newborns predominantly choose passive forms of harm[38].

Other women in turn cannot terminate their pregnancy for religious reasons[39].

This means that even guaranteeing (through medically prescribed contraception, or the "morning after pill", or a medical abortion) these women access to pregnancy-preventing measures free of charge and without their families' awareness would not be enough to have a conclusive preventive effect.

---

[28] J. MARSHALL, *Concealed births, adoption and human rights law: being wary of seeking to open windows into people's souls*, *Cambridge Law Journal*, 2012 (71(2)), p. 325, p. 335; M. OBERMAN, (fn. 2), p. 495.

[29] C. BONNET, *Adoption at birth: Prevention against abandonment or neonaticide, Child Abuse & Neglect* 1993 (17(4)), p. 501, p. 505.

[30] C. BONNET, (fn. 5), p. 118 et seq.; J. MARSHALL, (fn. 28), p. 335; M. OBERMAN, (fn. 2), p. 495.

[31] C. BONNET, (fn. 29), p. 506.

[32] C. BONNET, (fn. 29), p. 506; J. MARSHALL, (fn. 28), p. 332.

[33] C. BONNET, (fn. 29), p. 506.

[34] C. BONNET, (fn. 29), p. 506.

[35] C. BONNET, (fn. 29), p. 506.

[36] C. BONNET, (fn. 29), p. 506.

[37] C. BONNET, (fn. 29), p. 506.

[38] Cf. H. PUTKONEN - G. WEIZMANN-HENELIUS - J. COLLANDER - P. SANTTILA - M. ERONEN, (fn. 8), p. 19; J. L. SHELTON - Y. MUIRHEAD - K. E. CANNING, (fn. 19), p. 821.

[39] J. MARSHALL, (fn. 28), p. 335.

For children of the third group of women – that is those who kill their newborns later than 24 hours after delivery – these means will not be adequate prevention, as these women accept their pregnancy and childbirth.

For that reason, it is not enough simply to provide means that can prevent birth. The law must provide more options: "[N]o society should in the name of the promotion of human rights be forced to leave a woman with abortion as the only apparent safe option"[40]. A solution to this problem may be anonymous or confidential births.

However, the anonymous (or confidential) birth should not be the only measure. Teachers, doctors and other people should be encouraged to develop a look for pregnant women in need and to empathetically offer assistance – so that the distress may be alleviated already during pregnancy[41].

Only if a woman understands why she supresses her pregnancy, she will be able to make the best decision for the welfare of her child[42]. This will help prevent their history repeating itself. Such assistance during early pregnancy is an effective way to avoid neonaticide and the abandonment of children[43].

3. It is clear that neither anonymous nor confidential births offer protection to children of women in the third group – those who do not kill their children within 24 hours after delivery but later. In this risk group, only midwives and medical personnel who care for mothers and children after birth can ensure that endangered mothers and their children quickly receive adequate help. In cases in which the continuation of mother and child cohabitation is not advisable, procedures which enable a permanent or temporary foster placement, the adoption of slightly older infants and children, and the protection of mothers from their environment must exist; in such cases, it can be useful to allow the mother "to go into hiding" through non-disclosure of her personal details and the place of her residence until her medical recovery[44]. And if foster placement and adoption fail to guarantee the safety of the child from its biological mother, it is also necessary to provide protection for the child. In such cases, it may help if the personal details and location of the child remain confidential.

---

[40] Concurring opinion of judge Greve in the Case of Odièvre v. France, Application no. 42326/98, Judgment 13 February 2003.

[41] L. DE BORTOLI - J . COLES, - M. DOLAN, (fn. 18), p. 335.

[42] C. BONNET, (fn. 29), p. 510.

[43] C. BONNET, (fn. 29), p. 510; for means of prevention cf. United Nations, Convention of the Rights of the Child, Committee on the Rights of the Child, Fifty-seventh session, 30 May–17 June 2011, Consideration of reports submitted by States parties under Article 44 of the Convention, Concluding observations: Czech Republic CRC/C/CZE/CO/3-4, Family environment and alternative care (Arts. 5, 18 (paras. 1-2), 9-11, 19-21, 25, 27 (para. 4) and 39 of the Convention), Abuse and neglect: "50. The Committee strongly urges the State party to undertake all measures necessary to end the "Baby Box" programme as soon as possible and expeditiously strengthen and promote alternatives, taking into full account the duty to fully comply with all provisions of the Convention. Furthermore, the Committee urges the State party to increase its efforts to address the root causes which lead to the abandonment of infants, including the provision of family planning as well as adequate counselling and social support for unplanned pregnancies and the prevention of risk pregnancies."

[44] A. R. APPELL, (fn. 3), p. 64.

By contrast, a new study[45] seems to have proved that a significant increase in the survival of newborns for the first two groups of women is achieved when mothers are given the chance to give birth to their children in a safe environment anonymously and leave their children there physically healthy[46], but only if the introduction of such a law for anonymous births is continuously accompanied by a publicity campaign, i.e. in schools, on the internet and on television and radio[47].

This study, which is based on police reports of neonaticides from 1975-2012 in Austria, shows a significant drop in cases of neonaticide in Austria immediately after the introduction of anonymous birth (27 July 2001)[48] and the accompanying campaign. However, it also shows a subsequent increase in neonaticides with a simultaneous sharp decline in the number of anonymous births, which is probably because the campaign was discontinued a short time after the introduction of the new legislation[49]. An earlier Austrian study – which seemingly identified a steady decline of neonaticides from 1975 that only stagnated since 2004, attributing this to social developments – accordingly appears to be disproved[50].

Nevertheless, opinion on the desirability of anonymous births is divided in Austria. This probably explains why there has been no new public awareness campaign since the first.

In France, a similar division of opinion regarding the desirability of anonymous births is evident. Depending on one's Weltanschauung, anonymous births are either rejected, require amendment, or are strongly supported[51]. On the one side, the French Académie de médecine has retained in their communiqué of 8 March 2011 in which it considers

---

[45] C. GRYLLI - I. BROCKINGTON - C. FIALA - M. HUSCSAVA - T. WALDHOER - C. M. KLIER, *Anonymous birth law saves babies – optimization, sustainability and public awareness*, *Archives of Women's Mental Health* 2015 (19(2)), 1, p. 4. This study is to be understood as a reply to a note by M. ORTHOFER - R. ORTHOFER, (fn. 23), p. 1028, which criticised the study C. M. KLIER - C. GRYLLI - S. AMON - C. FIALA - G. WEIZMANN-HENELIUS - S. L. PRUITT - H. PUTKONEN, *Is the introduction of anonymous delivery associated with a reduction of high neonaticide rates in Austria? A retrospective study*, BJOG, *An International Journal of Obstetrics and Gynaecology* 2013 (120(4)), p. 428 et seq., as this study evaluated police records of neonaticides in Austria between 1991 and 2011, while the study by M. ORTHOFER - R. ORTHOFER, *Angebot zur anonymen Kindesabgabe, Reduzieren anonyme Geburten und Babyklappen die Tötung von Neugeborenen?*, *Pädiatrie & Pädologie* 2013 (48(3)), p. 22, p. 23 et seq. evaluated both police records and conviction records regarding neonaticides between 1975 and 2011. C. M. KLIER - C. GRYLLI - S. AMON - C. FIALA - G. WEIZMANN-HENELIUS - S. L. PRUITT - H. PUTKONEN, (fn. 45), p. 1028 et seq. reply to this criticism, that police records are more reliable than conviction records as not every neonaticide lead to a conviction. Furthermore, there is typically only one conviction, even if a woman commits more than one neonaticide.

[46] Cf. the study of C. GRYLLI - I. BROCKINGTON - C. FIALA - M. HUSCSAVA - T. WALDHOER - C. M. KLIER, (fn. 45), p.4; C. M. KLIER - C. GRYLLI - S. AMON - C. FIALA - G. WEIZMANN-HENELIUS - S. L. PRUITT - H. PUTKONEN, (fn. 45), p.431; cf. C. BONNET, (fn. 29), p.501 et seq.

[47] C. GRYLLI - I. BROCKINGTON - C. FIALA - M. HUSCSAVA - T. WALDHOER - C. M. KLIER, (fn. 45), p.4; C. M. KLIER - C. GRYLLI - S. AMON - C. FIALA - G. WEIZMANN-HENELIUS - S. L. PRUITT - H. PUTKONEN, (fn. 45), p.432.

[48] Austrian Decree of 27 July 2001 on baby flaps and anonymous birth. However, this decree is no positive legal regulation of anonymous births, but only annuls the criminal offense of abandonning a newborn. Cf. *http://anonymegeburt.at/fachkrafte/gesetze/erlass-des-osterr-justizministeriums-vom-27-7-2001/*. On the problem of this very basic regulation R. AEBI-MÜLLER, *Anonyme Geburt und Babyfenster – Gedanken zu einer aktuellen Debatte, FamPra.ch* 2007 (3), p.544, p.565.

[49] C. GRYLLI - I. BROCKINGTON - C. FIALA - M. HUSCSAVA - T. WALDHOER - C. M. KLIER, (fn. 45), p. 4.

[50] M. ORTHOFER - R. ORTHOFER, (fn. 45), p.23 et seq.

[51] N. LEFAUCHER, *The French 'Tradition' of Anonymous Birth: The Lines of Argument, International Journal of Law, Policy and the Family* 2004 (18(3)), p.319, p.327 et seq.

anonymous births as very useful because they are the only way to ensure that mothers and children in need do not suffer harm. Confidential births (l'accouchement dans le secret) in turn are rejected as currently unsuitable[52]. And the French Conseil Constitutionnel has decided in its judgment of 16 May 2012 that the legal provisions of 22 January 2002 allowing women in France to give birth anonymously are not unconstitutional[53].

Whether or not anonymous births should be allowed is, as it seems, a very controversial question. Those who reject anonymous birth stress that the profile of women who leave their children is not clear[54], that anonymous birth can be used to force pregnant women to abandon their children[55]; that it is mainly adoption agencies and adoptive parents that profit from the mothers' anonymity[56];that such anonymity-promoting solutions are contrary to the modern trend of conducting adoptions as openly as possible in order to facilitate multi-parenthood[57] and to help the children in their search for their identity[58]; and, lastly, that these anonymous mothers are not aware of the far-reaching consequences the anonymous birth may have for them[59].

Indeed, anonymous and confidential births can cause big problems – for the mothers, the children and other relatives. And it actually seems that the trend towards greater

---

[52] R. HENRION, *Communiqué, À propos de l'accouchement dans le secret, Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine* 2011, 195, n° 3, séance du 8 mars 2011, pp. 729-732 (*http://www.academie-medecine.fr/bulletin/*): "Sans sous-estimer aucunement l'importance pour tout être humain de connaître ses origines, exigence naturelle dont l'absence peut être source de très grande souffrance psychologique, l'Académie nationale de médicine demande que la question soit considérée dans sa globalité et ses aspects les plus concrets sans se limiter au seul aspect psychologique des adultes à la recherche de leur origine. La mise en cause de l'anonymat serait lourde de conséquences en compromettant la confiance des femmes en grande difficulté, leur faisant fuir les maternités et les services sociaux avec les risques que cela comporte pour les mères, les nourrissons et les enfants". Cela conduirait à augmenter le nombre d'accouchements faits "dans la clandestinité, dans les pires conditions, avec les risques de déchirures graves du périnée, d'hémorragies … [auxquels] succèdent des abandons dans des lieux variés et des conditions précaires. Aux mieux, l'enfant est recueilli dans un état d'hypothermie. Au pire, il est retrouvé mort et la mère risque fort d'être condamnée pour infanticide". Quoted in: Université Médicale Virtuelle Francophone (UvMaF), L'accouchement sous le secret (2011–2012), *http://campus.cerimes.fr/maieutique/UE-sante-societe-humanite/ accouchement_secret/site/html/cours.pdf*, p. 13 et seq.

[53] Cf. C. BONNET - E. KRAMER - J. L. CHABERNAUD, *L'anonymat de l'accouchement et la transmission d'informations non identifiantes, À propos de la décision du Conseil Constitutionnel du 16 mai 2012", La lettre du Conseil de l'Ordre, Contact Sages-femmes* No. 32 2012, p. 34. Relating to the conformity with the ECHR: Case of Odièvre v. France, Application no. 42326/98, Judgment 13 February 2003, Nr. 49; critisised by S. BESSON, *Enforcing the child's right to know her origins: contrasting approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights, International Journal of Law, Policy and the Family* 2007 (21(2)), p. 137, p. 151.

[54] B. WILLENBACHER, (fn. 6), p.346; R. AEBI-MÜLLER, (fn. 48), p.560.

[55] B. WILLENBACHER, (fn. 6), p.346; C. BONNET, (fn. 5), p.124 points out that there were cases in France before 1990 wherem (especially minor) women were forced to give birth anonymously because of familial or other pressures and that these women, since they did not do it voluntarily, never overcame the experience; but the risk of exerting pressure exists much more clearly today due to baby flaps, cf. C. BONNET - J. L. CHABERNAUD, *Pourquoi des femmes accouchent dans l'anonymat ?*, Pratiques No. 64 2014, p.84, p.85, because women are not taken out of their familiar surroundings and so never even receive an offer to talk about their situation with trained staff.

[56] B. WILLENBACHER, (fn. 6), p.349.

[57] B. WILLENBACHER, (fn. 6), p.349.

[58] B. WILLENBACHER, (fn. 6), p.347; N. LEFAUCHER, (fn. 51), p.338 et seq.

[59] B. WILLENBACHER, *„Babyklappe" und „anonyme Geburt": Rechtskonflikte zwischen Mutter und Kind?*, FamPra.ch 2010 (3), p.521, p. 541 et seq.

openness of adoptions can help the concerned parties with their own development or in their relative development, with their questions, and with overcoming their guilt or shame[60]. However, it is important to design the open adoptions and multi-parenting concepts in a way that does not discourage parents from adopting in favour of surrogacy. It is essential to ensure that all children find a family. And surrogate motherhood comes with its own considerable problems: As surrogate mothers also carry children that they do not wish to keep, the important prenatal attachment is missing[61].

4. Austria[62] and France (Art. 311-25 and Art. 341-1 Code civil) are not the only countries which[63] allow for anonymous birth. Other countries, such as Italy[64] (Art. 30 no. 1(a) of the Decreto Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, no. 396; see also Art. 28 no. 5-7 of the legge 4 maggio 1983, n. 184) and Luxembourg[65](Art. 334 para. 4 Code civil) permit it as well.

---

[60] Institut für Demoskopie Allensbach, Schwangerschaftskonflikt und anonyme Geburt Befragung von Müttern, die von SterniPark betreut wurden (2012), *http://www.sternipark.de/fileadmin/content/ 6227_Allensbach_-_Bericht_Sternipark_Anonyme_Geburt.pdf*, 100 et seq.

[61] H. McK. DOAN - A. ZIMERMAN, *Prenatal Attachment: A Developmental Model, International Journal for Prenatal and Perinatal Psychology and Medicine* 2008 (20), p. 20, p. 20 et seq.; H.J.A. VAN BAKEL - A.J.B.M. MAAS - C.M.J.M. VREESWIJK - A.J.J.M. VINGERHOETS, *Pictorial representation of attachment: measuring the parent-fetus relationship in expectant mothers and fathers, Pregnancy and Childbirth* 2013 (13:138), p. 1, p. 1 et seq.; A. R. BRANDON - S. PITTS - W. H. DENTON - C. A. STRINGER - H. M. EVANS, *A History of the Theory of Prenatal Attachment, The Journal of Prenatal and Perinatal Psychology and Health* 2009, (23(4)), p. 201, p. 201 et seq.

[62] Austrian Decree of 27 July 2001 on baby flaps and anonymous birth. However, this decree is no positive legal regulation of anonymous births, but only annuls the criminal offence of abandoning a newborn. Cf. *http://anonymegeburt.at/fachkrafte/gesetze/erlass-des-osterr-justizministeriums-vom-27-7-2001/*. On the problem of this very basic regulation R. AEBI-MÜLLER, (fn. 48), p. 565.

[63] Even though the mother's details are not reported in the declaration of birth and not registered in the certificate of birth, they can, at least in theory, be found by consulting the certificate of assistance to parturition and the related medical records concerning the mother, see S. TROIANO, *Understanding and Redefining the Rationale of State Policies Allowing Anonymous Birth: A Difficult Balance between Conflicting Interests, International Journal of the Jurisprudence of the Family* 2013 (4), p. 177, p. 181 et seq. Please note that in Italy there is a reform proposal of 19 June 2015 (n. 1978) regarding Art. 28 of the Act of 4 May 1983, n. 184 related to access to information for children who have not been recognised at their birth (Modifiche all'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184, e altre disposizioni in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita); see: http://www.senato.it/leg/17/ BGTSchede/Ddliter/44394.htm and for the text of the modification proposal (see especially no. 7, 7bis, and 7ter of Art. 28: *http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook /45784.pdf*. If the proposal were adopted, anonymously born children could obtain non-identifying information on their mother or, if the mother consents to it, identifying information. The reform in Italy is still ongoing (information dated 4 February 2018).

[64] "La dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata."

[65]Please note that in Luxembourg a reform proposal was published in 2013: Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, n° 6568, du 18 April 2013, *http://www.mj.public.lu/actualites/2013/06/ Presentation_reforme_filiation_/PDL_6568_ CHD.pdf*. See the critical opinion of the CCDH dated 15 June 2015: *https://ccdh.public.lu/content/dam/ccdh/fr/avis/2015/Avis-PL6568- filiation-final-05062015.pdf*: "Le législateur devrait prévoir l'obligation pour la mère de laisser des informations dans un système centralisé ainsi que la création d'un mécanisme qui permet de lever le secret de l'identité de la mère et qui facilite à l'enfant la recherche d'informations sur ses origines. Le Luxembourg doit lever la réserve n°4 concernant

In contrast to such rules Germany opted for confidential birth in 2014[66]. In the eighteen months following its introduction approximately 150 babies were born confidentially in Germany[67].

Nevertheless, anonymous birth is still being practised in Germany; and Germany has, so far, not shut down the baby boxes ("Babyklappen", *i.e.* "baby hatches" where a baby may be left at a hospital or another medical institution which takes immediately care of the baby). However, the German system, unlike the French (see chapter 7 for a detailed comparison of these systems), does not permit caregivers, unless the mother gives her consent to it, to: (i) collect non-identifying information concerning the mother if she delivers anonymously at a hospital, (ii) keep a record of it or (iii) to deposit this information with an authority[68]. This means that an anonymously born child in Germany has no access to any kind of information.

Unlike the French, Luxembourgish, and Italian systems[69]most other legal systems (e.g. the German, Austrian, Swiss, and common law systems; see also Art. 2 of the European Convention on the Legal Status of Children Born out of Wedlock of 1975) do imply that carrying a baby and giving birth lead to motherhood. However, with adoption the legal ties between mother and child break.

In the UK it is not legally permitted to give birth anonymously[70]. But there the mother is allowed to leave the child at the hospital after the birth, after having identified herself[71],and to give the baby over for adoption[72].

In the US all 50 states, the District of Columbia, and Puerto Rico have enacted safe haven legislation[73]. In most states with safe haven laws, either parent may surrender his or her baby to a safe haven[74]. The purpose of safe haven laws is to ensure that relinquished

---

l'article 7 de la Convention relative aux droits des enfants de New York de 1989."; see also *https://ccdh.public.lu/content/dam/ccdh/fr/archives/2015/revue-de-presse-avis-filiation.pdf*. Complete data on the project: *http://www.chd.lu/wps/portal/public/Accueil/TravailALaChambre/Recherche/RoleDesAffaires?action=doDocpaDet ails&id=6568*. According to the news, this reform proposal was to be implemented very soon; see the news at: http://www.lessentiel.lu/fr/news/luxembourg/ story/26100400 of 10 March 2016, but this was not the case. The ongoing, modified project (6568A Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, modifiant le Code civil, le Nouveau Code de procédure civile, le Code pénal, la loi communale du 13 décembre 1988 et la loi du 1er août 2007 relative aux tissus et cellules humains destinés à des applications humaines) can be found here: *http://www.chd.lu/wps/PA_ RoleDesAffaires/FTSByteServingServletImpl?path=/export/exped/sexpdata/Mag/0004/103/9037.pdf* "Art. 312bis. L'enfant a le droit d'avoir, dans la mesure du possible, accès à ses origines. Cet accès à ses origines est sans effet sur son état civil et sur sa filiation."

[66] Schwangerschaftskonfliktgesetz (Abschnitt 6: Vertrauliche Geburt): *http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/beratungsg/gesamt.pdf.*

[67]Aktuelle Notizen, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe herausgegeben in Verbindung mit der Bundeskonferenz für Erziehungsberatung e.V. 2016, p. 83.

[68] See also Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Empfehlungen des Deutschen Vereins zur vertraulichen Geburt (2015), https://www.deutscher-verein.de/de/empfehlungen-stellungnahmen-2015-empfehlungen-des-deutschen- vereins-zur-vertraulichen-geburt-1859,724,1000.html, p. 8.

[69] See on the French and Italian models of anonymous birth S. TROIANO, (fn. 63), p. 179 et seq.

[70] Offences against a Person Act, 1861, s. 27 (UK); J. MARSHALL, (fn. 28), p. 335.

[71] Registration of Births Act, 1953, s. 2 (UK).

[72] J. MARSHALL, (fn. 28), p. 335.

[73] Infant Safe Haven Laws, Child Welfare Information Gateway, Children's Bureau, Washington 2013, 2: *https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/safehaven/*.

[74] Infant Safe Haven Laws, Child Welfare Information Gateway, Children's Bureau, Wash-

children are left with persons who can immediately provide care for them[75]. In some states anonymity for the relinquishing parent is expressly guaranteed[76].In others the safe haven provider cannot force the parent to provide identifying information[77]. Some of the laws permit persons at safe havens to inquire about non-identifying information, such as medical history[78].In addition to the guarantee of anonymity, most states exempt parents who safely relinquish their infants from criminal liability[79].However, the privileges of anonymity and immunity are forfeited in most states if the child has been abused or neglected[80].

The question is whether the UN Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 prohibits or allows anonymous birth. This UN Convention has so far been ratified by 196 countries, the United States still not among them.

Art. 7 of the UN Convention on the Rights of the Child (UN-CRC) states that the child shall "as far as possible" have the right to know his or her parents. This wording is explained by the drafting history of Art. 7 UN-CRC. During the drafting process various national delegations referred to their national law concerning secret adoption, and stated that the child's right to know his or her parents could not be absolute[81]. However, because of the vagueness of the expression, which gave rise to doubts as to its content[82],explicit reservations concerning Art. 7 UN-CRC were made by a few countries[83]. Anonymous birth has a long tradition in both France and Luxembourg (Art. 334 para. 4 Code civil). Luxembourg therefore entered a reservation in which it stated that according to its belief Art. 7 UN-CRC presented no obstacle to the law in respect of anonymous birth, "which is deemed to be in the interest of the child, as provided under Article 3 of the Convention". Interestingly enough, France did not enter such a reservation to Art. 7 UN-CRC. This might be because France saw her interests sufficiently protected by said mitigation ("as far as possible").

Art. 7 UN-CRC is closely related to Art. 8 UN-CRC which provides that State parties undertake to respect the child's right to preserve his or her identity, including name and family relations as recognized by law without unlawful interference. The drafting history shows that Art. 8 originates in the proposal of Argentina's delegation to protect the child's

---

ington 2013, 2: *https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/safehaven/*.

[75] Infant Safe Haven Laws, Child Welfare Information Gateway, Children's Bureau, Washington 2013, 2:*https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/safehaven/*.

[76] Infant Safe Haven Laws, Child Welfare Information Gateway, Children's Bureau, Washington 2013, 4: *https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/safehaven/*.

[77] Infant Safe Haven Laws, Child Welfare Information Gateway, Children's Bureau, Washington 2013, 4: *https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/safehaven/*.

[78] Appell, A. R., *Safe Havens to Abandon Babies, Part I: The Law*, Adoption Quarterly 2002 (5(4)), p. 59, p. 63.

[79] Infant Safe Haven Laws, Child Welfare Information Gateway, Children's Bureau, Washington 2013, 4 et seq.: *https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/safehaven/*.

[80] Infant Safe Haven Laws, Child Welfare Information Gateway, Children's Bureau, Washington 2013, 5: *https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/laws-policies/statutes/safehaven/*.

[81] S. DETRICK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1999, p. 153.

[82] S. DETRICK, (fn. 81), p. 153.

[83] The Czech Republic also entered a reservation concerning Art. 7 UN-CRC; it stated there that it would maintain the confidentiality of the child's origin concerning cases involving artificial fertilization and certain adoption procedures based on anonymity. Poland made a similar reservation concerning adoptions.

"true and genuine personal, legal and family identity"[84]. This is due to historical reasons: During the military junta in Argentina in the 1970s children and adults had disappeared; some of the children were placed in other families. This led to the arbitrary severance of family ties in Argentina in that period[85].Therefore, Art. 8 UN-CRC is concerned with the biological relationship of natural parent and child, even though it fails to expressly address questions of paternity and filiation[86]. And this is also true with regard to Art. 7 UN- CRC: As far as the child's right to know his or her parents is concerned, the definition of "parents" includes genetic parents, birth (*i.e.* legal) parents, and also social parents[87].

It seems due to the chosen wording and the drafting history that the permission and legal regulation of anonymous birth does not necessarily contravene Art. 7 UN-CRC. But this seems to be controversial. However, before turning to the UN Committee's view on anonymous birth, the UN Committee's view on so-called baby boxes shall first be examined.

The UN Committee on the Rights of the Child is very clear about their opinion on the baby boxes. Austria and other State parties were asked to shut them down, as these constitute a violation of Arts. 6, 7, 8, 9 and 19 UN-CRC[88]. There are, however, strong additional arguments against baby boxes: They do not ensure good health care for mother and child and there is an increased risk of external pressure on women, forcing them to abandon their child[89]. Furthermore, compared to an anonymous birth in a hospital, baby flaps have the disadvantage of failing to ensure psychological care for the mothers. That may

---

[84] S. DETRICK, (fn. 81), p. 163.

[85] S. DETRICK, (fn. 81), p. 159 et seq.

[86] S. DETRICK, (fn. 81), p. 163.

[87] R. HODGKIN - P. NEWELL, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child,* Geneva: United Nations Children's Fund, 2007, p. 105.

[88]United Nations, Convention of the Rights of the Child, Committee on the Rights of the Child, Sixty-first session, 17 September–5 October 2012, Consideration of reports submittted by States parties under Article 44 of the Convention, Concluding observations: Austria CRC/C/AUT/CO/3-4, Civil rights and freedoms (Arts. 7, 8, 13-17, 19 and 37 (a) of the Convention), Birth registration: "29. The Committee reiterates its concern about the practice of anonymous abandonment in the State party through the use of "baby flaps" or "baby nests", which is in violation of, inter alia, Articles 6, 7, 8, 9 and 19 of the Convention. 30. The Committee strongly urges the State party to undertake all measures necessary to end the practice of anonymous abandonment and expeditiously strengthen and promote alternatives such as the possibility of anonymous births at hospitals as a measure of last resort to avoid abandonment and or death of the child, and to keep a confidential record of the parents to which the child could access at a later stage, taking into account the duty to fully comply with all provisions of the Convention. Furthermore, the Committee urges the State party to increase its efforts to address the root causes which lead to the abandonment of infants, including the provision of family planning as well as adequate counselling and social support for unplanned pregnancies and the prevention of risk pregnancies." United Nations, Convention of the Rights of the Child, Committee on the Rights of the Child, Fifty- seventh session, 30 May–17 June 2011, Consideration of reports submitted by States parties under Article 44 of the Convention, Concluding observations: Czech Republic CRC/C/CZE/CO/3-4, Family environment and alternative care (Arts. 5, 18 (paras. 1-2), 9-11, 19-21, 25, 27 (para. 4) and 39 of the Convention), Abuse and neglect: "50. The Committee strongly urges the State party to undertake all measures necessary to end the "Baby Box" programme as soon as possible and expeditiously strengthen and promote alternatives, taking into full account the duty to fully comply with all provisions of the Convention. Furthermore, the Committee urges the State party to increase its efforts to address the root causes which lead to the abandonment of infants, including the provision of family planning as well as adequate counselling and social support for unplanned pregnancies and the prevention of risk pregnancies."

[89] C. BONNET - J. L. CHABERNAUD, (fn. 55), p. 85.

well lead to their history repeating itself[90].The ideal care for such women should – in addition to psychological support before and after the anonymous birth – include the opportunity to consult a social worker, who looks at and helps with the mother's socio- economic problems, and the inclusion of a legal expert, who explains her legal position to her[91].

What is the opinion of the UN Committee on the Rights of the Child on anonymous birth?

At the 61st session of the UN Committee, Austria received an explicit recommendation to promote and increase the number of anonymous births at hospitals – as a last available means of preventing child abandonment and neonaticide – as well as to strengthen the fight against the causes that lead to such dangers for children[92].But at the same time, Austria was urged to keep a confidential record of the parents which the child could access at a later stage[93].It is, therefore, crucial to know what is meant by a confidential record of the parents.

In Austria mothers who give birth anonymously are given the possibility to deposit a closed envelope for the child with the hospital or the youth welfare office; but, in contrast to France (see chapter 7 for details on the French rules on anonymous birth), there are no special measures and no legal framework has been created to ensure that children and mothers can contact each other at a later stage if they wish to do so. So, the question is whether it suffices to adopt a system akin to the French for anonymous births to be in line with Art. 7 of the UN-CRC.

Because the French system of anonymous birth was approved by the European Court of Human Rights (ECtHR) in 2003 in the famous (and much debated[94]) case of Odièvre v. France[95],*i.e.* there had been no violation of Art. 8 (protection of family life)[96]of

[90] C. BONNET - J.-L. CHABERNAUD, (fn. 55), p. 85; C. BONNET, *Geste d'amour, L'accouchement sous X*, Paris: Odile Jacob, 1990, p. 119 et seq.

[91] C. BONNET, (fn. 29), p. 510.

[92] United Nations, Convention of the Rights of the Child, Committee on the Rights of the Child, Sixty-first session, 17 September–5 October 2012, Consideration of reports submittted by States parties under Article 44 of the Convention, Concluding observations: Austria CRC/C/AUT/CO/3-4, Civil rights and freedoms (Arts. 7, 8, 13-17, 19 and 37 (a) of the Convention), Birth registration: "29. The Committee reiterates its concern about the practice of anonymous abandonment in the State party through the use of "baby flaps" or "baby nests", which is in violation of, inter alia, Articles 6, 7, 8, 9 and 19 of the Convention. 30. The Committee strongly urges the State party to undertake all measures necessary to end the practice of anonymous abandonment and expeditiously strengthen and promote alternatives such as the possibility of anonymous births at hospitals as a measure of last resort to avoid abandonment and or death of the child, and to keep a confidential record of the parents to which the child could access at a later stage, taking into account the duty to fully comply with all provisions of the Convention. Furthermore, the Committee urges the State party to increase its efforts to address the root causes which lead to the abandonment of infants, including the provision of family planning as well as adequate counselling and social support for unplanned pregnancies and the prevention of risk pregnancies."

[93] Seeabove, fn. 92.

[94] See for instance M. FREEMAN - A. MARGARIA, *Who and What is a Mother? Maternity, Responsibility and Liberty, Theoretical Inquiries in Law,* 2012 (13(1)), p. 153, p. 160 et seq and S. BESSON, (fn. 53), p. 151.

[95] Odièvre v. France, Application no. 42326/98, Judgment 13 February 2003.

[96] "Article 8 ECHR– Right to respect for private and family life: 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

the European Human Rights Convention (ECHR), one could argue that in order to be in line with Art. 7 UN-CRC Austria should provide for a legal framework akin to that in France. According to the ECtHR the French system of anonymous birth legitimately balances the rights of both mother and child. The ECtHR held that, because the mother was encouraged to leave non-identifying information for the child and was entitled to reveal her identity at a later stage, a fair balance had been struck between the mother's right to privacy and the child's right to have information on his or her origins. Furthermore, the ECtHR did not depart from this reasoning when nine years later it decided in the case of *Godelli v. Italy*[97]that Italy had violated Art. 8 ECHR. The reason for this was that Italian law, unlike the French system of anonymous birth, does not allow the mother to change her mind and identify herself at a later stage if she so wishes; Italian law, is however, most probably going to be changed in this respect[98].

But the UN Committee on the Rights of the Child's policy does not consider the reasons that led to the two decisions of the ECtHR when it directs its periodical recommendations to the State parties. The UN Committee states that Art. 7 UN-CRC requires that all appropriate measures to fully enforce the child's right to know his or her biological parents and siblings have to be taken and, therefore, all necessary measures for all information to be registered and filed about the parent(s) have to be taken[99]. Therefore, the UN Committee recommends that State parties consider removing the requirement of the biological mother's consent to reveal her identity where it exists (for instance in France and in Luxembourg) and to increase its efforts to address the root causes leading parents to choose to use anonymous birth[100].

This means, in fact, that the UN Committee condemns anonymous birth and favours confidential birth. As becomes evident, the UN Committee does not allow the special wording of Art. 7 UN-CRC, "as far as possible", to have effects. The UN Committee does not seem to share Luxembourg's view expressed in its reservation that Art. 7 UN-CRC

[97] *Godelli v. Italy*, Application no. 33783/09, Judgment of 25 September 2012.

[98] In Italy there is a reform proposal of 19 June 2015 (n. 1978) regarding Art. 28 of the Act of 4 May 1983, n. 184 related to access to information for children who have not been recognised at their birth (Modifiche all'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184, e altre disposizioni in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita); see: http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/44394.htm and for the text of the modification proposal (see especially no. 7, 7bis, and 7ter of Art. 28: *http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/45784.pdf*. If the proposal were adopted, anonymously born children could obtain non-identifying information on their mother or, if the mother consents to it, identifying information. The reform in Italy is still ongoing (information dated 4 February 2018).

[99] See United Nations, Convention of the Rights of the Child, Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the fifth periodic report of France adopted by the Committee at its seventy-first session (11-29 January 2016), 29 January 2016, CRC/C/FRA/CO/5, Civil rights and freedoms (Arts. 7, 8, and 13-17), Right to know and be cared for by parents: "33. The Committee reiterates its recommendations to take all appropriate measures to fully enforce the child's right to know his/her biological parents and siblings and urges it to adopt the necessary measures for all information about parent(s) to be registered and filed, in order to allow the child to know, to the extent possible and at the appropriate time, his or her parents (CRC/C/FRA/CO/4, para. 44). The Committee also recommends that the State party consider removing the requirement of the biological mother's consent to reveal her identity and to increase its efforts to address the root causes leading parents to choose to use confidential birth."

[100] See above. See also the concluding observations on the combined third and fourth periodic reports of Luxembourg, adopted by the Committee at its sixty-fourth session (16 September–4 October 2013), CRC/C/LUX/CO/3-4, 29 October 2013.

presents no obstacle to the law in respect of anonymous births, "which is deemed to be in the interest of the child, as provided under Article 3 of the Convention". That is why the UN Committee urges the State parties that provide for anonymous birth to change their laws and provide instead for confidential birth. But the UN Committee seems so far to have been unsuccessful.

Luxembourg is about to change its law on anonymous birth. But whether or not the child will receive any information on the mother's identity will, like in France, depend entirely on her decision because Luxembourg will not prohibit the anonymous birth (see Art. 334 Code civil; see, however, Art. 312 *bis* Code civil of the proposed bill on parentage which is worded similarly to Art. 7 UN- CRC[101]). The same is true for the Italian reform proposal (see fn. 63).

The UN Committee would maybe see things differently if it considered the whole situation of mother and child and its likely temporariness if certain important conditions are met. It would, therefore, stress more importance on the creation of a mother (and therefore also child) friendly environment to complement anonymous birth and not condemn the system of anonymous birth in its entirety; it would see that its recommendations could also be complied with through indirect measures.

5. Whether or not anonymous births should be allowed is, as it seems, hotly debated. Nonetheless, critics often fail to acknowledge that an anonymous birth is mostly just a transitional stage – if and because there is no pressure for the women and they are treated with empathy and respect. Most[102] anonymous mothers ultimately decide to give up their

[101] "Art. 334. Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé." "Art. 312bis. L'enfant a le droit d'avoir, dans la mesure du possible, accès à ses origines. Cet accès à ses origines est sans effet sur son état civil et sur sa filiation." The legislative commission explains the meaning of this proposed article as follows: "Les dispositions de cet article sont applicables qu'il s'agisse d'accès aux données relatives aux origines d'une personne en cas d'accouchement sous X, d'adoption plénière, de procréation médicalement assistée ou de gestation pour autrui." See *http://www.chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/FTSByteServingServletImpl?path=/export/ exped/sexpdata/ Mag/0004/ 103/9037.pdf*. In Luxembourg, the reform proposal was first published in 2013: Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, n° 6568, du 18 April 2013, *http://www.mj.public.lu/ actualites/2013/06/Presentation_reforme_filiation_/PDL_6568_CHD.pdf*. See the critical opinion of the CCDH dated 15 June 2015*: https://ccdh.public.lu/content/dam/ccdh/fr/avis/2015/Avis-PL6568- filiation-final-05062015.pdf*: "Le législateur devrait prévoir l'obligation pour la mère de laisser des informations dans un système centralisé ainsi que la création d'un mécanisme qui permet de lever le secret de l'identité de la mère et qui facilite à l'enfant la recherche d'informations sur ses origines. Le Luxembourg doit lever la réserve n°4 concernant l'article 7 de la Convention relative aux droits des enfants de New York de 1989."; see also *https://ccdh.public.lu/content/dam/ccdh/fr/archives/2015/revue-de-presse-avis-filiation.pdf*. Complete data on the project:*http://www.chd.lu/wps/portal/public/Accueil/TravailALaChambre/Recherche/RoleDesAffaires?action=doDocpaDetails&id=6568*. The data on the ongoing project (6568A Projet de loi portant réforme du droit de la filiation, modifiant le Code civil, le Nouveau Code de procédure civile, le Code pénal, la loi communale du 13 décembre 1988 et la loi du 1er août 2007 relative aux tissus et cellules humains destinés à des applications humaines) can be found here: *http://www.chd.lu/wps/PA_Role DesAffaires/FTSByte ServingServletImpl? path=export/ exped/sexpdata/Mag/0004/103/9037.pdf*.

[102] The following report speaks, however, of a "not insignificant number" of mothers: Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Empfehlungen des Deutschen Vereins zur vertraulichen Geburt (2015), *https://www.deutscher-verein.de/de/empfehlungen-stellungnahmen-2015-empfehlungen-des-deutschen-vereins-zurver-*

anonymity and if they choose to put the child up for adoption, they opt for open or semi-open adoptions. Anonymous birth sets off a period of reflection that leaves all options open, and so helps women in distress to gather strength and think about what they really want. Anonymous births are consequently seen as a great help for women in desperate situations. This is shown by a survey conducted by the Allensbach Institute in 2012 of 25 women who were helped and enabled by SterniPark[103]to give birth anonymously in Hamburg.

The Allensbach survey revealed that 89 per cent of the women found the anonymous birth to be a very important means of support and 11 per cent as an important support in a desperate situation; not a single woman questioned the regulations afterwards[104]. Only about one-third of the women put their children up for adoption. Of this third, two-thirds opted for an open or a semi-open adoption[105]. Only about 5 per cent decided to remain completely anonymous[106].On the contrary, two-thirds of women that were enabled to give birth anonymously decided to keep their child and raise him or her themselves – not only because of emerging loving feelings for the child, but also because of the advice and assistance available at SterniPark, which is offered around the clock and is always understood as an offer and not an imposition[107].

It is noteworthy that of 95 women who choose to give birth confidentially in Germany in the first year after the introduction of the new law, only 5 decided to keep the child[108].

The women were allowed to stay at SterniPark's premises for as long as they needed to. They were also given the freedom to take as much time as they needed to decide whether they wanted to care for the child themselves. At SterniPark, they were able to take a break from their everyday worries, draw new courage and consider their new situation at rest. And lastly they were able to become part of a community, and even help newcomers to the facility or benefit from suchcontacts[109].

---

traulichen-geburt-1859,724,1000.html, 4 et seq.

[103] SterniPark cares for anonymous pregnant women before giving birth, they accompany the women to hospital for delivery and take care of mother and child in the aftermath. The women can live in the establishments of SterniPark. The child iscared for after the birth by foster parents. The mother can still opt for a life with the child, but she is not obliged to have one; cf. http://www.sternipark.de/index.php?id=7.

[104] Institut für Demoskopie Allensbach, Schwangerschaftskonflikt und anonyme Geburt Befragung von Müttern, die von SterniPark betreut wurden (2012),), *http://www.sternipark.de/fileadmin/content/6227_Allensbach_-_Bericht_Sternipark_Anonyme_Geburt.pdf*, p . 107.

[105] Institut für Demoskopie Allensbach, Schwangerschaftskonflikt und anonyme Geburt Befragung von Müttern, die von SterniPark betreut wurden (2012),), *http://www.sternipark.de/fileadmin/content/6227_Allensbach_-_Bericht_Sternipark_Anonyme_Geburt.pdf*, p . 77 et seq.

[106] Institut für Demoskopie Allensbach, Schwangerschaftskonflikt und anonyme Geburt Befragung von Müttern, die von SterniPark betreut wurden (2012),), *http://www.sternipark.de/fileadmin/content/6227_Allensbach_-_Bericht_Sternipark_Anonyme_Geburt.pdf*, p . 78.

[107] Institut für Demoskopie Allensbach, Schwangerschaftskonflikt und anonyme Geburt Befragung von Müttern, die von SterniPark betreut wurden (2012), *http://www.sternipark.de/fileadmin/content/6227_Allensbach_-_Bericht_Sternipark_Anonyme_Geburt.pdf*, p . 78; on the importance and significance of respect see also Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Empfehlungen des Deutschen Vereins zur vertraulichen Geburt (2015), *https://www.deutscher-verein.de/de/empfehlungen-stellungnahmen-2015-empfehlungen-des-deutschen-vereins-zur- vertraulichen-geburt-1859,724,1000.html*, p . 6.

[108] *http://www.stern.de/familie/vertrauliche-geburt--95-frauen-nutzen-fast-anonyme-entbindung-im-ersten-jahr-6207536.html*

[109] Institut für Demoskopie Allensbach, Schwangerschaftskonflikt und anonyme Geburt Befragung von Müttern,

SterniPark's philosophy is to provide freedom from coercion and unconditional respect for each woman and her particular special circumstances. That is what helps these women to find a way out of their crisis. They also learn that they are not alone with their concerns and emotions, but that other mothers have similar problems. All this is very clear from the survey.

The vast majority of those who have decided to raise their children themselves and also of those who have put their children up for adoption are in retrospect convinced that they have done the right thing. Of those who have decided to raise their children themselves, all are convinced that they have done the right thing and of those who have put their child up for adoption, 86 per cent are convinced that they have done the right thing. Only 14 per cent of the latter group later question their decision[110].

It therefore seems that anonymous births can play a very important role for women in desperate situations, if properly facilitated. They take away pressure and create an atmosphere of serenity. In many cases, this then leads to the formation of a good mother-child relationship and opens avenues to overcoming the crisis. Thus, anonymous births seem to be very useful in several respects.

In the following section, the German legislation concerning confidential births passed in 2014 shall be analysed and compared to the corresponding regulations in France. The main focus shall however be: Does the general rule – of things being better with as little coercion as possible – apply to the law as well?

6. Law works in most cases – if you want to use the non-legal terminology of psychologist Marshall B. Rosenberg – as a mechanism of violence. Law allows judgment and condemnation.

It operates with coercion. One is right. The other is wrong. The one who is right, is – to put it somewhat exaggeratedly – God. And the one who is at fault is the sinner[111].The game, however, is not at that point over. Because the one who is the sinner at first begins afterwards to play the part of God. And the two fight each other over who is worse[112].This mechanism of violence thus produces interpersonal conflicts. It fails to resolve them – even though it is designed to pacify the parties. This may lead to a tendency of the law to impose even stronger solutions – a vicious circle! The law is the product of our culture. And our culture says that the initially defined violence is good if it is the wicked one that is punished[113]. Transposed into private law, that means that the evil one has to do or endure something, in order for the good one to get something.

Even though mediation is becoming more and more popular, in various family law matters for example, where an agreement fails to be reached, the state will engage its coer-

---

die von SterniPark betreutwurden (2012), *http://www.sternipark.de/fileadmin/content/6227_Allensbach_-_Bericht_Sternipark_Anonyme_Geburt.pdf*, p. 81 et seq.

[110]Institut für Demoskopie Allensbach, Schwangerschaftskonflikt und anonyme Geburt Befragung von Müttern, die von SterniPark betreutwurden (2012), *http://www.sternipark.de/fileadmin/content/6227_Allensbach_-_Bericht_Sternipark_Anonyme_Geburt.pdf*, p. 100.

[111] Cf. M. B. ROSENBERG - G. SEILS, *Konflikte lösen durch gewaltfreie Kommunikation*, Freiburg i.Br.: Herder, 2012, p. 23.

[112] M. B. ROSENBERG - G. SEILS, (fn. 111), p.23.

[113] Cf. M. B. ROSENBERG - G. SEILS, (fn. 111), p. 25.

cive apparatus (cf. § 278 II ZPO (German Code of Civil Procedure)). Evidently, state-imposed solutions continue to dominate the law.

Another route is taken by the concept of non-violent communication, which is strongly inspired by the Far Eastern teachings of knowledge[114]. In this concept, the concerned person explains, without judging the addressed person, how his or her own quality of life is affected by the behaviour of the addressed person. That is followed by an expression of what feelings are triggered by the impairment and why they are caused: These feelings are caused by the fact that a personal need is not met because of the impairment. Finally, the addressed person is asked to perform a concrete action that enriches the life of the pleading person. The concept of non-violent communication puts the parties of the conflict on equal footing and goes the way of empathy and consensuality. There are no assessments or judgments. Both parties remain sovereign and autonomous beings.

But what if the parties fail to find agreement? How does this non-violent method resolve a conflict? The solution is found on a different level. It consists in the knowledge that personal feelings and personal happiness do not depend on the behaviour of other people[115]. Only one's own attitude, with which one responds to a situation, may affect one's feelings[116]. This means that it is necessary to develop a corresponding, usually new, worldview and practice serenity.

So the question is: What would happen if the law followed this non-violent approach as far as possible?

As the German and French rules can be assessed as model rules for anonymous and confidential birth respectively, these rules shall be compared in the next chapter.

7. Where a mother's refusal of parenthood is accepted, she can give birth and leave. That conveys relief. The mother saves the child – from herself[117] – by bringing it into the world in a protected environment and ensuring that the child may be adopted by people who can love it. This is not only proof of great responsibility; it is an act of love and should be recognized as such[118]. The mother also need not worry, then, about incurring child protection measures concerning potential older children or during a later pregnancy and thus

[114] Cf. M. B. ROSENBERG - G. SEILS, (fn. 111), p. 15.
[115] Cf. M. B. ROSENBERG - G. SEILS, (fn. 111), p. 13.
[116] Cf. M. B. ROSENBERG - G. SEILS, (fn. 111), p. 13.
[117] C. BONNET, (fn. 29), 501, 507 et seq. stresses the fact that women who repress their pregnancy and have strong aggressive feelings towards the child and also corresponding obsessive fantasies, do not usually want to see, touch or hear their newborn – because they are afraid to hurt the child because of their own accumulated aggressiveness. However, if they wish to see the child, they want to convince themselves that the child has not suffered harm from their aggressive thoughts and/or they want to forget everything at the sight of their child. If the child is nonetheless forced (in good faith) on these mothers by midwives, doctors or relatives, the mothers feel completely torn: on the one hand, they feel connected to the child because of their contact; on the other hand, they still have intense aggressive feelings towards the child, which stem from the fact that they are still haunted by memories of their own traumatic experiences related to sexuality, which they want to eliminate. The imposition of motherhood can end badly for the child, because the repression of the child's needs and the aggression towards it continue after birth; the child may be neglected, injured or abandoned by the mother. Cf. C. BONNET, (fn. 5), p. 120 et seq., p. 128 et seq.
[118] C. BONNET, (fn. 29), p. 509.

about a potential separation from her children or other reprisals[119]. She can act independently. She is paid respect. Her dignity remains untouched[120].

This respect given to the mother causes her – if she knows about the option of giving birth in a protected environment with no strings attached – to choose this path. And it seems that, in the majority of cases, these mothers then allow their child to find them in one way or another. Mothers refusing to embrace parenthood are left alone. Society and children must have confidence that the mother's decision was her only option, and that she therefore decided correctly. The mother cannot do more. She should not be forced to do more. Everything she does should be done of her own free will. That is justice. This is because justice does not threaten our freedom – it increases it[121]. Justice results from dignity and protects it at the same time[122].

With their legislation on anonymous birth, France went a long way down this path. Contrarily, German law was not yet ready for so much freedom: Confidential birth in German law requires the mother to participate in a counselling session (§ 2 IV Schwangerschaftskonfliktgesetz[123], SchKG) and to reveal her identity to the counselling institution (§ 25 I SchKG).

With the merely confidential birth[124], German law not only provides for the mother to be identifiable (§ 26 II SchKG), but also that she may be identified by her child under certain conditions. Upon request by the child, the family court may decide to grant the child the right to inspect the birth documentation (§§ 31 et seq. SchKG). The court weighs the interests of the mother and those of the child against each other and can – even against the declared will of the mother – grant the right of inspection to the child, if it is convinced that the interests of the child prevail (§ 32 I SchKG). German law attaches legal disadvantages to the mother's passive behaviour (§ 32 IV SchKG), but it provides that the mother can take active defensive measures (§ 31 II, III and IV SchKG).

The present author disagrees with these regulations. This is not to deny the needs of the identity-seeking child. Those are positively acknowledged. The life of a rejected child is certainly not easy, even less so if the child was not fully embraced by his or her adoptive family. Rejecting the solution of German law has more to do with the culture and the worldview that stands behind this legislation, and with what it does to mother and child.

This culture and this legislative solution chain the child to his victimhood if the child fails to free itself from it independently. They produce frustration, because happiness is always projected to be somewhere else and because the path to it may again and again be blocked from the outside, e.g. by the mother or the state that refuses to give the necessary information. This is the problem of this solution.

---

119 Institut für Demoskopie Allensbach, Schwangerschaftskonflikt und anonyme Geburt Befragung von Müttern, die von SterniPark betreutwurden (2012*), http://www.sternipark.de/fileadmin/content/6227_Allensbach_-_Bericht_Sternipark_Anonyme_Geburt.pdf*, p.47 et seq.

120 Cf. for the importance of this fundamental principle of "living well", Dworkin, R., *Justice for Hedgehogs,* Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p.212 et seq.

120 R. DWORKIN, (fn. 120), p.423.

121 R. DWORKIN, (fn. 120), p.423.

122 R. DWORKIN, (fn. 120), p.423.

123 Schwangerschaftskonfliktsgesetz of27July1992*: http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/beratungsg/gesamt.pdf.*

124 See for possible solutions under Swiss law R. AEBI-MÜLLER, (fn. 48), p. 563 et seq.

This culture and solution also compromise the dignity of the mother. She must always be afraid, alert and prepared to protect herself. She is therefore vulnerable to imposition. And that is regardless of whether her confidentiality is ultimately upheld or not. It is clear that mothers do not and will not want to take such an approach.

In my opinion, the objection that a mother can hardly be frightened and put under pressure by a probable future act, *i.e.* if the child later decides to inquire into his or her origin[125], is invalid. The pressure actually results from the constraints that the mother is subjected to before the confidential birth: She may fear that her personal details will be used to her detriment in a number of respects, such as to take away her other children or in connection with a naturalisation. In addition, the mother is told how the child might access her personal details not only in the future, but as soon as she wants to give birth confidentially. The resulting pressure is consequently immediately placed on the mother. And her act of rescue is not recognised and acknowledged as such. In the author's opinion, this legislation therefore misses its goal. Such a compromising solution cannot solve the problem.

In addition, the state fails to promote institutions such as SterniPark, which receive future mothers to give them a break from their everyday lives, gain their trust through recognition, and respect and make them curious about how their lives could go with their children, should they decide to keep them.

But German law imposes even more restrictions.

A study by the Allensbach Institute showed that a few mothers took longer than two months to decide to raise their child themselves[126]. Mothers should therefore be given the opportunity to think about whether they want to keep their child, without any time pressure, if they are still undecided[127].

For this to happen, women need to be allowed to visit their children whenever they want during the entire period in which they are still undecided, in order to facilitate mother-child bonding. However, it is questionable whether German law ensures this[128]. A mother's custody is suspended for as long as she fails to provide the information required for the entry of the child's birth in the register (§ 1674a sentence 1 BGB). She only has the right of access (§ 1684 I BGB). However, if she is not married (so that her husband has parental custody – § 1678 I half-sentence 1 BGB), she will be dependent on the cooperation of the child's legal guardian (§ 1773 I BGB; § 1791c I sentence 1 BGB) and foster parents.

In addition, the sword of Damocles remains over her head: Should she fail to decide to live with her child within the statutory eight-week period (§1747 II BGB), she might lose

---

125 Cf. the thoughts of R. AEBI-MÜLLER, (fn. 48), p. 561 et seq. with further reference, even though they do not relate to German law.

126 Institut für Demoskopie Allensbach, Schwangerschaftskonflikt und anonyme Geburt Befragung von Müttern, die von SterniPark betreut wurden (2012), *http://www.sternipark.de/fileadmin/content/6227_Allensbach_-_Bericht_Sternipark_Anonyme_Geburt.pdf*, p. 80 et seq.

127 It is important for both mother and child that there be a prolonged rapprochement phase, if this is initiated by the mother and is required. The child suffers if it is not given the love of a mother and a father and if it does not becomepart of a family receiving it as soon as possible. Cf. the very expressive input by C. BONNET, (fn. 90), p. 13. The mother, giving birth to the child, should never be forced to approach the child if she declines it; otherwise there is a risk that the child may be be abused and/or neglected by the mother; cf. C. BONNET, (fn. 29), p. 507 et seq. as well as here in fn. 130.

128 A. SCHWEDLER, "Die vertrauliche Geburt – ein Meilenstein für Schwangere in Not?", NZFam 2014, p. 193, p. 195.

the child. After all, a parent's consent is not required for an adoption if they are permanently unable to declare it or if their residence is permanently unknown; the residence of the mother of a child born confidentially under § 25 I SchKG is considered permanently unknown until she states the necessary information for the birth registration of her child at the family court (§ 1747 IV BGB). The option to cancel the adoption ex officio on serious grounds (§ 1763 BGB) with the consequence of an annulment of the (adoptive) parent-child relationship in favour of the birth mother (§ 1764 BGB) will benefit these mothers only in the rarest cases.

German law thus exerts too much pressure[129], it should follow the role model of institutions like SterniPark to a much greater extent.

In contrast, which path did French law choose?

According to French law, the mother is informed of the legal consequences of an anonymous birth and the importance of access to data on one's origin and history of every human being (Art. L222-6 I Code de l'action sociale et des familles).

She is invited to provide information about her own health and that of the child's father, about the origin of the child and the circumstances of the birth, and her own identity, in writing and to deposit this information in a sealed envelope (Art. L222-6 I Code de l'action sociale et des familles). She is also informed that she may provide the information about her identity at any later date and may supplement the information provided at birth (Art. L222-6 I Code de l'action sociale et des familles). The envelope bears the given names of the child and a remark as to whether the names were chosen by the mother, the child's sex, and the date, place and hour of birth (Art. L222-6 I Code de l'action sociale et des familles).

The wish of a mother to remain anonymous is comprehensively respected in French law, at least during her lifetime; her secret is only revealed if she changes her mind about her anonymity and explicitly declares so before the Conseil national (Art. L147-6 Code de l'action sociale et des familles). Even after her death will her decision will be respected, but only if she explicitly requests this. Nonetheless, if no personal details were provided, even an investigation through the Conseil national will come to nothing.

Consequently, in France, mothers are subject to very little coercion.

In addition, the personnel accompanying mothers in the context of anonymous births is also asked to independently collect and make available non-identifying information about the health of the child's parents, their origins and the reasons and circumstances that led to the child's entrustment to the state (Art. L147-5 II *Code de l'action sociale et des familles)*. This does not put pressure on the mother. These pieces of information are made available to the child (Art. L147-6 V *Code de l'action sociale et des familles*) upon request (for details cf. Art. L147-2 *Code de l'action sociale et des familles*).

Data-collecting third parties are asked to acknowledge the purpose of the collection of these details: to safeguard the child's welfare. Negative judgments about the child's biological family and the child itself should be avoided[130]. Whether it is useful to confront the child with the shocking (and stigmatising) reality of being conceived by (incestuous) rape is questionable[131] (if the mother mentioned this to, say, the midwife). The child may better

[129] A. LIKEWISE SCHWEDLER, (fn. 128), p. 196.
[130] C. BONNET - E. KRAMER - J.-L. CHABERNAUD, (fn. 53), p. 36.
[131] C. BONNET - E. KRAMER - J.-L. CHABERNAUD, (fn. 53), p. 36; S. BESSON, (fn. 53), p. 147.

comprehend the reasons that drove his or her mother to give birth anonymously. However, this goal can also be achieved by other means, such as by hinting at the mother's very difficult circumstances in life, and protect the child at the same time.

The French law gives the mother a reflection period of two months from the provisional declaration of the child to be a ward of the state (which occurs as soon as the social services draw up the corresponding protocol) and allows the mother to take back her child without any formalities at any time during this period (Art. L224-6 II *Code de l'action sociale et des familles*). An option to deny the child to the mother depending on the balance of interests is only available if the child is reclaimed at a later point in time (Art. L224-6 III *Code de l'action sociale et des familles*); the placement of the child into an adoptive family, however, always prevents a biological mother's later claim (Art. L224-6 III *Code de l'action sociale et des familles*, Art. 352 *Code civil*). The decision is subject to an appeal in a court of law (Art. L224-6 III *Code de l'action sociale et des familles*).

The French solution is thus somewhat more flexible than the German. It allows mother and child more time to build a relationship (if the mother is still undecided in this respect). It is therefore preferable. And SterniPark's model can be better achieved with this solution. In order to do so, either the provisional declaration of the child as a ward of the state must be delayed or the relationship-building process must be considered in balancing the interests in case of a later reclaiming of the child.

And what about the child's options of contact if the mother gave birth anonymously?

If a mother gives birth anonymously under French law, it must be ensured that – should the mother wish to contact the child and viceversa – mother and child can get in touch. This is realised through the mother's option to provide or add to her personal details and the information about the birth at any later time. The child also has the option to check for any such information. For this purpose, France has founded the so called Conseil national, which manages biological parents' and children's requests for information (Art. L147-1 *Code de l'action sociale et des familles*). The Conseil national acts as an intermediary. All employees are subject to professional secrecy (Art. L147-10 Code de l'action sociale et des familles).

Children are only informed of requests from their biological parents or other biological relatives if they themselves request information about their biological relatives (Art. L147-3 II Code de l'action sociale et des familles). The mother, on the other hand, can be contacted by the Conseil national, even if she has not asked for information about the name or whereabouts of her child (Art. L147-5 I Code de l'action sociale et des familles). Clearly this is only possible if her basic personal details were recorded in the first place.

The question arises as to whether the mother's interests are such that she can only be contacted if she previously consented to such contact. That would certainly be the strongest kind of respect towards her. Even a mere request can throw a mother off balance. And she may perceive it as pressure if she knows before the birth that she may be contacted.

After all, the mere communication of a request, which only opens up opportunities without forcing them and which can only be understood as an offer, is not as intrusive as the German solution. This is because under German law the disclosure of the data of the mother may be enforced in certain circumstances. This is different under French law. Furthermore, in French law there is no duty to indicate any information. The mother can thus remain anonymous and completely avoid such requests.

That way, the French solution puts two individuals – mother and child – on nearly equal footing. Accordingly, it hesitates to pass judgement. The French law enables disclosure and contact. However, it respects the wishes of the individuals concerned to a very large extent.

The French solution can – in combination with accompanying facilities in line with the model of SterniPark and similar institutions – provide very effective help for pregnant women and their children in need. But what if a child cannot handle his or her anonymous mother's refusal of motherhood? Or viceversa?

8. If a child fails to accept his or her mother's refusal, free psychological help might help. This makes sense, and is – given the low numbers of those who demand information[132]– financially manageable. In France, les Centres Médico-psychologiques (CMP) help and offer advice for free.

The – ambitious – goal of such assistance must be to strengthen the child and to free it from its victimhood. It should encourage the emancipation of children and lead them to a serene philosophy of life. Their personal happiness should not depend on the behaviour of their mother. They must learn to take responsibility for their happiness. Happiness is not taken away by an anonymous mother. The children themselves have control over it. In addition, it may help the children if they can acknowledge that their mothers did not abandon them despite their distress but instead gave them access to the love of adoptive parents – as a substitute for the love that they could not give them[133].

The same applies in the opposite case. If the child does not so wish, the anonymous mother can neither find out the child's name nor where he or she lives. Similarly, the mother should also be offered psychological help to help her find her own happiness regardless of the child's behaviour – should she require this help.

In France, psychological care and social assistance are available to women after childbirth, if they desire or accept it (Art. L222-6 *Code de l'action sociale et des familles*). But they can also claim free psychological care at a later date. Counselling and help are also available in Germany (§ 25 V SchKG). However, as the SterniPark model shows, in order to be effective the aid should only come from people who are very sensitive towards these women.

9. As a rule, neither fathers that are not married to the mother nor any other relatives are informed of the birth. Therefore, they can neither substantiate nor exercise their rights. The law, however, will have to enable the execution of their rights – despite the risk that the anonymity of the mother might be compromised – but only under the condition that this is compatible with the child's welfare. There are cases where the mother chooses to give birth anonymously because the child's father or the mother's family are unable to cope

[132] According to Prof. Dr. med. Roger Henrion, in France, only 1.5 percent of all children born anonymously investigate their identity, cf. R. HENRION, *L'accouchement sous X, peut-il encore exister?, La Revue du Praticien* 2011 (61(7)), 896–897, cited by C. BONNET - E. KRAMER - J.-L. CHABERNAUD, (fn. 53), p. 35, cf. R. HENRION, (fn. 52), p. 731 (*http://www.academie-medecine.fr/bulletin/*).

[133] C. BONNET, (fn. 29), p. 509.

with the pregnancy. On the other hand, a father's or other relatives' disruptive tendencies that prevent a mother from forming a relationship with her child must also be prevented.

In France, theCour d'Appel of Angers has in its judgment of 26 January 2011 awarded grandparents the right to request the transfer of guardianship for their anonymously-born granddaughter. In France, that created a small sensation. This judgment and another (in which a father, who had recognized his child before birth, was ultimately given visitation rights, although the child – because of his anonymous birth – had been given into the care of foster parents, who were to adopt the child) gave rise to a change in the rules that govern the rights of fathers and other relatives. They are now as follows:

The father and other relatives that have declared an interest in the child to the Service de l'aide sociale à l'enfance before the declaration of the child as a Pupille de l'État (ward of the state), will be informed of the decision to declare the child a ward of the state (Art. L224-8 III *Code de l'action sociale et des familles*). If the claimants agree to take care of the child, an appeal against such a decision is admissible in a court of law, (Art. L224-8 II 3° *Code de l'action sociale et des familles*). The limitation period is 30 days and begins with the receipt of the declaration of the child as ward of the state. If the appeal succeeds, the claimant is granted the right to apply for guardianship or to obtain custody (Art. L224-8 V *Code de l'action sociale et des familles*). Otherwise, the court may award visitation rights so far as this is in the interest of the child.

German law regulates these issues as follows:

If the child's parents are not married, but the father issued a prenatal recognition statement (§ 1594 IV BGB) that was agreed to by the mother (§ 1595 BGB), or if paternity was established by a court (§ 1600 d BGB), the family court may award sole custody to the child's father, providing there is no prospect that the reason of suspension of the mother's parental rights will cease to exist and the allocation of sole custody to the father is in the child's interest (§ 1678 II BGB). In any case, he will have rights of access (§ 1684 I BGB); this is, however, not applicable to biological fathers that are not concurrently legal fathers (§ 1686a BGB). Whether grandparents and siblings have rights of access depends on whether there is a legal bond between them and the child and on whether access is in the interest of the child (§ 1685 BGB).

The family court will – if it becomes aware of the birth – order a guardianship (§ 1773 BGB)[134] only if a man's fatherhood could not be substantiated so that he is not entitled to custody, or if a father's custody is revoked or suspended (§ 1674 BGB). When selecting the guardian, the court will take into account the presumed will of the parents, the personal ties of the ward and the ward's family ties (§ 1779 II BGB); relatives of the ward will be heard during the selection process, if that is possible without significant delays or disproportionate costs (§ 1779 III S. 1 BGB). This means that grandparents or other relatives may be appointed as guardians.

In any event, the mother's right to anonymity remains among her personal rights, even if the father or other relatives take in the child or if they are granted visitation rights. The parties should therefore be informed of the mother's rights and asked to respect the mother's wishes as far as possible.

[134] Cf. Veit, B., § 1674a BGB Para. 6, in H. G. BAMBERGER AND H. ROTH (eds.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB* (München: C.H. Beck, 2015).

10. The law should resolve conflicts instead of making them worse. It therefore makes sense to look beyond coercion for ways to resolve conflicts.

Parties to a conflict should be put on an equal footing and any requested action should be voluntary; voluntariness makes actions valuable – for both the giving and the receiving party. The giver discovers the value of his gift; he earns appreciation and acknowledgment. And the receiver obtains a gift. The refusal to do something should not be sanctioned. Instead, dealing with unfulfilled wishes must be learned, either independently or by accepting help. Everyone is solely responsible for his or her own happiness. The law should only offer assistance and provide appropriate procedures.

Such a philosophy of non-violence can cause wonders:

In the majority of cases of women in great need because of an unwanted pregnancy a decision was made to keep the child. If the pressure is taken away from them by means of an anonymous birth in a protected environment, those women do not later regret their decision. Only a very small percentage of all anonymously delivering women seem to choose to stay anonymous. Consequently, anonymous birth seems to be a valuable "time out" in most cases. And this seems to reduce neonaticide and child abandonment significantly – if continuously accompanied by publicity campaigns.

The confidential birth recently introduced in Germany, where the mother is required to provide her personal details and her identity is revealed to the child in certain circumstances, is only a half- hearted step in this direction. It fails to provide the women concerned with a break from reality, because they have to reveal their identity before the confidential birth. This creates pressure, not only because they know that they may be identified by their child in the future, but also because they may think that their data is also used in other contexts: e.g. for questions of naturalisation or to take away their other children. In addition, the rescue of a child by its mother is not enough to obtain respect and approval for her act of love: The mother will still have (albeit alleviated) duties towards her child. In my opinion, this legislation therefore misses its goal.

It is thus worthwhile to turn our gaze towards France and support, through governmental means, institutions such as SterniPark, which take in mothers without demanding consideration and create an environment friendly to the mother (and, therefore, the child also)[135]. This is to allow hope for mothers and children in seemingly hopeless situations.

This seems, unfortunately, not to be the policy envisaged by the UN Committee on the Rights of the Child. However, if the UN Committee on the Rights of the Child accepted that its requirement that "all appropriate measures to fully enforce the child's right to know his or her biological parents and siblings have to be taken and, therefore, all necessary measures for all information about parent(s) to be registered and filed have to be adopted"[136] could also encompass indirect measures, i.e. the creation of a benevolent

[135] It must of course be ensured that those institutions actually aspire to the aims and methods accredited here to the model of SterniPark and do not participate in baby trafficking and other illegal activities.

[136] See United Nations, Convention of the Rights of the Child, Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the fifth periodic report of France adopted by the Committee at its seventy-first session (11-29 January 2016), 29 January 2016, CRC/C/FRA/CO/5, Civil rights and freedoms (Arts. 7, 8, and 13-17), Right to know and be cared for by parents: "33. The Committee reiterates its recommendations to take all appropriate measures to fully enforce the child's right to know his/her bio-

and respectful environment for a highly distressed mother who wishes to give birth anonymously, it could reconsider its recommendation. Instead of requiring that State parties replace anonymous birth with confidential birth, the UN Committee could ask for the public promotion of anonymous birth and the creation of suitable conditions for mothers who wish to give birth anonymously. It could also trust in the power of the principle of non-coercion.

logical parents and siblings and urges it to adopt the necessary measures for all information about parent(s) to be registered and filed, in order to allow the child to know, to the extent possible and at the appropriate time, his or her parents (CRC/C/FRA/CO/4, para. 44). The Committee also recommends that the State party consider removing the requirement of the biological mother's consent to reveal her identity and to increase its efforts to address the root causes leading parents to choose to use confidential birth".

CLOUD COMPUTING E DIRITTO D'AUTORE

CARLA COSENTINO

SOMMARIO: 1.Brevi cenni introduttivi. – 2. Tipologie di servizi di *cloud computing*. – 3.Il contesto normativo comunitario e nazionale. – 4.Il caso VCast/RTI. – 5.La decisione della Corte di Giustizia. – 6.La posizione delle Corti americane. – 7.La giurisprudenza tedesca. – 8. Condizioni d'uso della tecnologia *cloud* e diritto d'autore. – 9. Rilievi conclusivi.

1. Interrogarsi sulla relazione esistente tra la materia del diritto d'autore e i servizi di *cloud computing* comporta una scelta metodologica preliminare: limitare il campo d'indagine al profilo di liceità dei medesimi, alla luce delle previsioni normative attuali, oppure in una prospettiva "finalisticamente orientata", domandarsi se il complesso delle regole correnti risponda o meno alla necessità di favorire lo sviluppo dei servizi in questione.

Tale seconda opzione implica necessariamente l'individuazione della disciplina applicabile al nuovo fenomeno, non solo mediante l'adattamento dei *dicta* del formante legislativo, ma anche attraversol'interpretazione dei pochi precedenti giurisprudenziali sul tema.

Due sono le strade astrattamente percorribili nell'ambito di una scelta di politica del diritto: incoraggiare, come accaduto nel recente passato per altri settori finitimi, lo sviluppo delle moderne tecnologie, attraverso una regolamentazione che sostenga tale incremento, oppure, *a contrariis*, optare per un'interpretazione formale dei dati normativi esistenti, con la consapevolezza, tuttavia, che l'elaborazione legislativa degli stessi è stata concepita per realtà sostanzialmente differenti.

2. In via ancora preliminare, risulta utile, in chiave tassonomica, passare in rassegna le modalità in cui si articola il *cloud computing*, in quanto le stesse presentano significative diversità che, sovente, incidono anche sull'individuazione delle regole giuridiche applicabili alle singole fattispecie.

In termini generali, si può affermare che le tecnologie in parola consentono d'immagazzinare dati e consultarli per mezzo della rete *internet*; questi ultimi, fisicamente, non sono conservati sull'*hard disk* del computer dell'utente, ma esternamente, su diversi *hard disk*,dislocati altrove, spesso in Paesi differenti rispetto a quelli di residenza o di stabilimento dell'utente stesso (da qui il riferimento alla "nuvola informatica").

Convenzionalmente, sebbene non vi sia univocità di vedute al riguardo, si è soliti ripartire il *cloud computing* in tre distinte tipologie: il SaaS (acronimo di *software as a service*), una metodologia che utilizza *software* installati all'esterno del *computer* adoperato dal fruitore, su *server* in remoto; l'IaaS (*infrastructure as a service*), con cui si fa riferimento all'acquisto (o, più in generale, alla fornitura) di uno spazio informatico per effettuare la memorizzazione (*storage*) di *file* dell'utente[1], spesso con un'attività di sincronizzazione dei medesimi[2]; la PaaS

[1] Tra i più comuni servizi di SaaS, possono essere ricordati *Google Drive*, ed *iCloud* di *Apple*.
[2] Come, ad esempio, nel diffusissimo *Dropbox*.

(*platform as a service*), locuzione con la quale s' intendono, di prassi, le soluzioni che consentono al cliente di sviluppare applicazioni in *cloud*.

Da un punto di vista giuridico, i servizi di *cloud computing* pongono una serie di problemi connessi principalmente alla tutela dei dati personali e al diritto d'autore. Questo secondo profilo è oggetto del presente lavoro, non solo al fine di ricostruire il quadro normativo attuale, ma altresì nel tentativo di formulare delle proposte *de iure condendo* che bilancino gli interessi dei titolari dei diritti con quelli dei fornitori di tale tecnologia e, di riflesso, degli stessi utenti.

Le questioni principali, strettamente collegate tra loro, riguardano, da un lato, la possibilità di applicare la disciplina sulla copia privata alle opere "caricate" sui servizi di *cloud*, e, dall'altro, l' eventualità che la diffusione di queste ultime, per mezzo dei medesimi servizi, possa rappresentare un'ipotesi di comunicazione al pubblico, ai sensi dell'art. 5 della Direttiva InfoSoc.

Una volta indagati tali aspetti, l'analisi si proporrà d'individuare le soluzioni tecniche introdotte dai maggiori fornitori di prestazioni *cloud*, nonché di verificare se l'apparato normativo esistente possa offrire una risposta in grado di bilanciare gli interessi dei titolari dei diritti e quelli dei fornitori stessi, in un'ottica che travalicando i diritti soggettivi, possa considerare anche le ragioni della collettività tutta.

3. La copia privata, com'è noto, è disciplinata nel nostro ordinamento dagli artt. 71-*sexies* e 71-*septies* della legge sul diritto d'autore.

La prima delle due norme prevede che «*È consentita la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche*».

Per il comma 4 «*la persona fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, possa effettuare una copia privata, anche solo analogica, per uso personale, a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti*». Tale statuizione vale anche nel caso in cui siano utilizzate delle misure tecnologiche di protezione, come, ad esempio, i cc.dd. dispositivi anticopia.

La disciplina italiana ha recepito la Direttiva 2001/29/CE[3], il cui art. 2 dispone che debba essere riconosciuto, ai soggetti elencati dalla norma, «*il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte*». Tale diritto è riconosciuto, tra gli altri, anche «*agli organismi di diffusione radiotelevisiva, per quanto riguarda le fissazioni delle loro trasmissioni, siano esse effettuate su filo o via etere, comprese le trasmissioni via cavo o via satellite*».

L'art. 5 della Direttiva introduce una deroga a tale regola, ammettendo la possibilità di trarre una copia privata dell'opera tutelata. La lett. b) dell'art. 5 prevede che gli Stati membri possano disporre eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione, per quanto riguarda «*le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso*

[3] Direttiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in G.U. 2001, L. 167, 10.

che tenga conto dell'applicazione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 6 all'opera o agli altri materiali interessati". Il par. 5 dell'art. 5, invece, stabilisce che tali eccezioni e limitazioni siano «*applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali [protetti] e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare*».

Sia la Direttiva comunitaria, sia il decreto nazionale di recepimento statuiscono, quindi, che la riproduzione non possa essere materialmente compiuta da terzi: si tratta di un profilo molto importante, se collocato nello specifico contesto del *cloud computing*, dove non sempre è chiaro se il *file*, contenente un'opera protetta dal diritto d'autore, sia "caricato" sullo spazio informatico messo a disposizione dal fornitore del servizio, da quest'ultimo o ancora dall'utente.

4. Tale ultimo aspetto è stato recentemente affrontato nell'unico caso, ad oggi, deciso dalla Corte di Giustizia, in una fattispecie che ha visto contrapporti una società italiana che crea e diffonde programmi televisivi sul territorio nazionale (la RTI/Reti Televisive Italiane S.p.A.) ed una compagnia di diritto inglese, la VCast, che fornisce ai propri utenti un servizio di videoregistrazione mediante la tecnologia *cloud*.

In particolare quest'ultima consente agli utenti, dietro la fornitura di apparecchiature *hardware* e *software*, di ottenere una registrazione dei programmi relativi alle emissioni delle reti televisive italiane, trasmesse per via terrestre e con libero accesso, tra cui, specificatamente, i programmi la cui titolarità dei diritti è detenuta dalla società italiana.

La controversia giudiziaria è stata introdotta dalla VCast dinnanzi al Tribunale di Torino: l'azione era finalizzata ad ottenere una pronuncia che potesse accertare la liceità dei servizi da essa forniti.

Consapevole dell'incerto quadro normativo, la società chiedeva che della questione fossero interessate la Corte Costituzionale, relativamente alla legittimità dell'art.71-*sexies*, comma 2, della legge sul diritto d'autore, e la Corte di Giustizia, sulla questione pregiudiziale interpretativa del combinato disposto della Direttiva InfoSoc (sulla nozione di comunicazione e messa a disposizione del pubblico[4]e sulla nozione di copia privata) e della Direttiva sul commercio elettronico (per quanto concerne la riconducibilità dell'attività in esame tra quelle della società dell'informazione, oltre che per l'eventuale applicazione del regime della responsabilità agli operatori intermediari).

Secondo la società inglese il servizio in questione sarebbe stato lecito e legittimo, giacché si sarebbe limitato a intercettare il segnale, trasmesso dall'operatore televisivo e a registrarne il contenuto scelto dall'utente all'interno di uno spazio *cloud*,acquisito dal medesimo presso un fornitore terzo. L'attività di registrazione e di fissazione su supporto del contenuto informativo selezionato, quindi, sarebbe rientrata nelle eccezioni di cui all'art. 71-*sexies*, atteso che la VCast avrebbe fornito il noleggio di un sistema di videoregistrazione da remoto e che i contenuti da registrare sarebbero stati selezionati dai singoli utenti, e di cui all'art. 71-*septies*, che ammette la videoregistrazione assoggettandola ad equo compenso.

Contrariamente, la società resistente riteneva che il diritto di copia privata sarebbe stata nozione di stretta interpretazione e, quindi, non passibile di estensione alla fattispecie;

[4] Sulle due nozioni si rinvia a M.M. WALTER, *Article 3 Right of communication to the public of works and right of making available to the public of other subject-matter*, in M.M. Walter – S. Von Lewinski, *European copyright law. A commentary*, OUP, 2010, p. 975 ss.

che gli artt. 12, 13 e 16 l. d. a. avrebbero assegnato a RTI la facoltà esclusiva di riprodurre le opere registrate dalla VCast, nonché il diritto di comunicarle al pubblico, ritrasmettendole via cavo, e di fissarle su supporti; che, ai sensi dell'art. 5, comma 2, Della direttiva 2001/29 e dell'art.71 *sexies* l. d. a. sarebbero state da ritenersi illecite le attività volte a riprodurre videogrammi effettuate da soggetti diversi da una persona fisica e per finalità commerciali, in difetto di autorizzazione del titolare.

Con ordinanza del 31 ottobre/2 novembre 2015, il Tribunale di Torino inibiva alla VCAST *Limited* il proseguimento della condotta e l'erogazione del servizio di videoregistrazione da remoto, nonché «*l'ulteriore riproduzione, la messa a disposizione e distribuzione delle emissioni televisive di RTI*»[5].

5. La conclusione della Corte di Giustizia, tuttavia, devia dalla questione principale, in quanto, anziché decidere sul problema della copia privata, che costituiva argomento basilare nel contesto che ci interessa e su cui si era focalizzata l'opinione dell'Avvocato generale[6], si concentra, esclusivamente, sulla nozione di comunicazione al pubblico e sulla sua applicabilità ai servizi di *cloud computing*.

Innanzi tutto, il primo requisito richiesto, ai fini della comunicazione al pubblico, è, appunto, l'esistenza del medesimo. I giudici del Lussemburgo non hanno dubbi in merito, statuendo che la VCast si rivolgerebbe ad un pubblico indeterminato e sufficientemente ampio, dal momento che, come riferito nella decisione, «*il fornitore di servizi di cui al procedimento principale registra le emissioni radiodiffuse e le mette a disposizione dei suoi clienti attraverso Internet*»[7].

Anche il secondo requisito richiesto dalla Direttiva InfoSoc sarebbe rispettato, atteso che sussisterebbe un atto di comunicazione al pubblico, inteso come «*qualsiasi trasmissione delle opere protette, a prescindere dal mezzo o dal procedimento tecnico utilizzato*».

Va poi sottolineato che, diversamente da alcuni precedenti, la sussistenza di un atto di comunicazione e la presenza di un pubblico sono considerati elementi cumulativi e non alternativi. Inoltre, il parametro adottato è quello della sentenza *Reha Training*, che, in passato, era stata raramente richiamata quale precedente[8]: appare probabile che tale circostanza sia determinata dalla similitudine tra l'oggetto delle due controversie[9].

La diversità di pubblico – in linea con i principi di cui alla sentenza *ITV Broadcasting*[10]– è rimarcata altresì dal fatto che le modalità di comunicazione sono differenti: diffusione televisiva, nel caso della RTI, trasmissione a mezzo internet, nell'ipotesi della VCast.

---

[5] Trib. Torino, 2 novembre 2015, RG n. 9816/2015, inedita.

[6] Sul punto, per più ampi rilievi, si rinvia a T. RENDAS, *Cloud computing and copyright law: cloud-based video recording reaches the CJEU*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, p. 808 ss.

[7] Cfr. punto 46 della sentenza.

[8] Corte di Giustizia, 31 maggio 2016, *Reha Training*, C-117/15, punti 37, 38 e 39, reperibile su *https://www.eius.it/giurisprudenza/2017/552.asp*.

[9] Nel caso *Reha Training*, cit., la Corte di Giustizia ha statuito che, in caso di diffusione di programmi televisivi attraverso apparecchiature installate in un centro di riabilitazione, sussiste la violazione dei diritti non solo degli autori, ma altresì di artisti, interpreti ed esecutori, nonché che tale diffusione costituisce un atto di comunicazione al pubblico ai sensi della direttiva InfoSoc.

[10] Corte di Giustizia, 7 marzo 2013, ITV *Broadcastingea.*, C-607/11, punto 39, reperibile su *https://www.eius.it/giurisprudenza/2017/552.asp*.

Nel precedente in questione, infatti, si era affermato che, in caso di utilizzo di un mezzo di diffusione distinto rispetto a quello originario, tale modalità «*deve limitarsi a mantenere o ad aumentare la qualità della ricezione di una trasmissione già esistente e non può essere utilizzato per una trasmissione diversa da quest'ultima*»[11].

L'attività della VCast, a giudizio della Corte, non si sarebbe limitata alla fornitura di un servizio tecnico, ma avrebbe rappresentato una ritrasmissione non autorizzata dalla società televisiva.

6. La giurisprudenza americana si è occupata di una vicenda analoga, con risultati antitetici rispetto a quelli espressi in sede comunitaria.

Occorre osservare, tuttavia, che il diverso contesto normativo ha inciso molto, come si avrà modo di sottolineare a breve, sulle opzioni interpretative dei giudici.

Nel caso *Cablevision*, le Corti statunitensi sono state chiamate a dirimere una controversia relativa ai servizi basati sulla tecnologia *cloud* (e, nello specifico, il funzionamento della registrazione di trasmissione di televisione via cavo, con modalità digitale all'interno di una memoria remota c.d. RS-DVR) al fine di stabilire se violassero o meno i diritti d'autore delle case di produzione televisiva[12].

Secondo la *Second Circuit*, il sistema offerto ai consumatori non avrebbe costituito un *copyright infringement*, dal momento che lo stesso avrebbe utilizzato una modalità tecnologica, denominata *buffering*, inidonea a costituire una copia dell'opera[13], difettando il requisito della tangibilità della stessa.

La *section* 101 del *Copyright Act* definisce copie gli «oggetti materiali [...] in cui un'opera è fissata con qualsiasi metodo conosciuto o sviluppato successivamente, e dal quale l'opera può essere percepita, riprodotta o altrimenti comunicata, direttamente o con l'ausilio di una macchina o dispositivo»[14].

La portata della decisione deve però essere circoscritta, tenendo conto che riguarda un caso in cui la Corte era chiamata a giudicare un *direct infringement* e non una responsabilità da parte del fornitore del servizio, riconducibile alla *doctrine*, nota come *contributory infringement*[15]. Infatti, la sentenza nega che sussista una responsabilità diretta, dal momento che

---

[11] Per ulteriori approfondimenti sulla sentenza si rinvia a P. DI MICO, *La ritrasmissione di opere su internet e la comunicazione al pubblico secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. aut.*, 2013, p. 293 ss.; nonché G. MORGESE, *La normative internazionale ed europea sul diritto d'autore*, in *Com. Intern.*, 2014, p. 591.

[12] *Cartoon Network v. CSC Holdings*, 536 F.3d 121 (2d Cir. 2008*), cert. denied*, 129 U.S. 2890 (2009). Nel caso di specie, la *Supreme Court* ha negato il *writ of certiorari* (sul cui funzionamento e sulla cui applicabilità, v., per tutti, U. MATTEI, *L'imperialismo del Writ of Certiorari: il tramonto della giurisdizione obbligatoria nella U.S. Supreme Court*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 131 ss.).

[13] Tecnicamente, si discorre di *buffer* nel caso in cui un supporto di memoria sia utilizzato per registrare temporaneamente dei dati nel momento in gli stessi sono trasferiti da un *hardware* o da *software* ad un computer. Nel caso di specie, tale attività aveva una durata di circa un secondo per effettuare la copia.

[14] Sul punto, per ulteriori rilievi, si rinvia a P. GOLDSTEIN, *Goldstein on Copyright*, Third Ed., Wolters Kluwer, Supplement 2:48 (2012); in giurisprudenza, v. il *leading case White-SmithMusic Publishing Company v. Apollo Company*, 209 U.S. 1 (1908).

[15] Secondo le regole della *common law*, si ha questa forma di responsabilità nel caso in cui un soggetto (*secondarily liable*) induca, causi o contribuisca materialmente alla commissione di un illecito da parte di un altro soggetto (*directly liable*). Cfr. *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971); *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*, 821 F. Supp. 616, 625 (N.D. Cal.1993), aff'd 35 F.3d 1435 (9th Cir. 1994); *Casella v. Morris*, 820 F.2d 362, 365 (11th Cir. 1987); *Columbia Pictures Industries, Inc. v. Redd Horne*

mancherebbe un elemento di volizione e che la mera proprietà del dispositivo di copia – ma sul punto v'è concordia con la decisione comunitaria VCast – non sarebbe sufficiente, atteso che era l'utente ad attivare la registrazione e a selezionare, per mezzo del proprio comando, il programma televisivo.

La pronuncia appare, tuttavia, interessante per quanto attiene alla nozione di "pubblico" che, secondo la Corte statunitense, non sussisterebbe in tale fattispecie, dal momento che la registrazione sarebbe messa a disposizione di un solo soggetto, ossia dell'utente che ha scelto il canale televisivo e la relativa programmazione e che, materialmente, ha attivato il comando di registrazione.

Dall'analisi della giurisprudenza americana, invece, non è dato evincere in maniera univoca se la semplice messa a disposizione di un *file*, per mezzo di un sistema di *cloud*, equivalga alla nozione di distribuzione, ai sensi del *Copyright Act*: l'opinione dominante si esprime in senso negativo, ritenendo che la sola messa a disposizione, non determini, *ex se*, una violazione dei paradigmi della legge statunitense sul diritto d'autore[16].

7. All'interno delle Corti europee, quelle tedesche si sono occupate, tra le prime, dei problemi connessi ai rapporti tra i sistemi di *cloud computing* e diritto d'autore.

In particolare, la Corte Federale di Giustizia tedesca (*Bundesgerichtshof*) si è pronunciata sulla legittimità dei servizi di registrazione di emissioni televisive[17], giungendo ad una lettura spesso differente rispetto a quella dei giudici comunitari.

Il punto d'incontro, tra la decisione del *Bundesgerichtshof* e quella della Corte di Giustizia, è costituito dall'asserita liceità del servizio: la medesima Corte, in un precedente del 2009, aveva già sostenuto che il servizio fosse, di per sé, lecito, dichiarando che «*la persona che effettua la riproduzione è la persona che aziona tecnicamente la riproduzione, anche se ciò comporta un impiego di mezzi tecnici forniti da terzi*»[18].

L'aspetto maggiormente interessante è costituito dalla dichiarazione dei giudici secondo cui poiché l'atto di riproduzione è concretamente compiuto dall'utente e non dal gestore del servizio *on-line*, lo stesso, qualora realizzato senza finalità lucrative e per scopi

---

Inc., 749 F.2d 154, 160 (3d Cir. 1984); *F.E.L. Publications, Ltd. v. National Conference of Catholic Bishops*, 466 F. Supp. 1034, 1040 (N.D. Ill. 1978). Pertanto, questa figura ricorre allorquando sussiste una violazione "diretta" cui si aggiunge, poi, una condotta che solo indirettamente, aiuta a realizzare l'illecito (a titolo, appunto, di mera contribuzione), cfr. *Cable/Home Communication Corp. v. Network Prods. Inc.*, 902 F.2d 829, 845 (11th Cir. 1990).

[16] Sul punto, meritano di essere ricomprese anche le decisioni su altri sistemi di registrazione o condivisione di file: *Perfect 10, Inc. v. Amazon*, 508 F. 3d 1146, 1162-1163 (9th Cir. 2007); *Capitol Records, Inc. v. Thomas*, 579 F. Supp. 2d 1210 (D. Minn. 2008); *London-Sire Records, Inc. v. Doe*, 542 F. Supp. 2d 153,(D. Mass. 2008) (evaluating discovery requests); *Atlantic Recording Corp. v. Howell*, 554 F. Supp. 2d 976, 981-982 (D. Ariz. 2008) (denying motion for summary judgment); *Atlantic Recording Corp. v. Brennan*, 534 F. Supp. 2d 278 (D. Conn. 2008) (denying default judgment motion). In senso contrario, però, v.*Elektra Entertainment Group, Inc. v. Barker*, 551 F. Supp. 2d 234, (S.D.N.Y. 2008).

[17] Bundesgerichtshof, 11 aprile 2013, disponibile all'URL: *http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=f996d5640c310f861ed5bec68e07bbd2&nr=63981&pos=0&anz=1*.

[18] Bundesgerichtshof, 22 aprile 2009, disponibile all'URL: *http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=3c4de954a3bd3dd7f2431599eeaae906&nr=48879&pos=9&anz=12*. Si tratta in realtà di 3 sentenze gemelle, relative ai seguenti procedimentigiudiziari*: I ZR 215/06; I ZR 216/06; I ZR 175/07*.

strettamente personali, possa essere compreso nell'eccezione di copia privata, di cui al § 53 della legge tedesca sul diritto d'autore (*Urheberrechtsgesetz*)[19].

La sentenza del 2009 precisa, tuttavia, che la disposizione in questione non trovi applicazione qualora la registrazione sia eseguita da un servizio che, sebbene azionato dall'utente, agisca per fini di lucro, anche indiretti[20].

Pertanto, la principale differenza tra l'interpretazione della giurisprudenza tedesca e quella della Corte di Giustizia è la seguente: secondo il *Bundesgerichtshof*, la circostanza che un servizio offra copie identiche a più soggetti non víola il diritto esclusivo dei *copyright holder* di riprodurre duplicati dell'opera da mettere a disposizione del pubblico, così come previsto dalla § 19a dell'*Urheberrechtsgesetz* e dall'art. 3 della Direttiva InfoSoc, a condizione che tali riproduzioni siano destinate ad un uso personale degli utenti.

Tale affermazione, tuttavia, potrebbe essere mitigata dalla circostanza che, a parere dei giudici tedeschi, la ritrasmissione simultanea del segnale televisivo a più soggetti contravverrebbe al § 20 dell'*Urheberrechtsgesetz* e all'art. 3 della Direttiva InfoSoc.

Ne deriva che se, la giurisprudenza tedesca ha il pregio di aver dichiarato la liceità dei servizi che si servono del *cloud computing* per la diffusione di musica e video (come, ad esempio, *iTunes*)[21], la medesima ha poi adottato (in linea con il pensiero della Corte di Giustizia) un'interpretazione restrittiva dell'attività dei fornitori dei servizi di *cloud* in relazione alla nozione di comunicazione al pubblico, richiedendo la necessità di un preventivo consenso da parte dei titolari dei diritti.

8. Prima di provare a tratteggiare possibili soluzioni – le quali, in una materia in continuo divenire relativamente ad una riflessione *de iure condendo* devono necessariamente essere considerate provvisorie –, giova richiamare le regole relative al diritto d'autore, presenti nelle condizioni generali di contratto dei principali fornitori di servizi di *cloud*.

Uno dei più diffusi, come noto, è *Dropbox*. In tema di proprietà intellettuale, la pagina relativa al DMCA (*Digital Millennium Copyright Act*) si apre con un'affermazione perentoria: «*Dropbox rispetta i diritti di proprietà intellettuale delle altre persone e si attende che i suoi utenti si comportino nello stesso modo*».

Tale dichiarazione, per quanto stentorea, potrebbe apparire, di per sé, scontata; in realtà, invece, evidenzia una scelta commerciale del gestore del servizio che, evidentemente, non ottiene alcun beneficio economico diretto[22] dalla condivisione o meno di contenuti che violino i diritti d'autore (o altri diritti di proprietà intellettuale) di terzi.

---

[19] Va segnalato che la legislazione tedesca sulla copia privata e sul relativo equo compenso è tra le più vantaggiose per i titolari dei diritti; cfr. M. KRETSCHMER, *Private Copying and Fair Compensation: An Empirical Study of Copyright Levies in Europe*, in *Intellectual Property Office Research Paper*, n. 2011/9, p. 16 ss.

[20] Nella fattispecie in questione era, infatti, emerso che il servizio fosse gratuito per gli utenti, ma fosse finanziato dalla pubblicità trasmessa sulla piattaforma informatica.

[21] F. NIEMANN, *German Federal Court of Justice finds that without right holders' consent online private video recording services are only legal in very specific circumstances*, in *Lexology*, December 14 2009, disponibile all'URL *https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b6fca48b-e84a-4273-849a-ba357539bbad.*

[22] La giurisprudenza statunitense, in casi di *copyright infringement*, ritiene che possa sussistere una responsabilità vicaria del gestore del servizio (o, comunque, del soggetto che è altri rispetto all'autore materiale dell'illecito) nel solo caso in cui sussista un *direct financial benefit*. Cfr. *Polygram Int'l Publishing, Inc. v. Nevada/TIG, Inc.*, cit.; *Roy Export Co. v. Trustees of Columbia University*, 344 F. Supp. 1350, 1353 (S.D.N.Y. 1972); *Sony Corp. of Am. V. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984). Così anche in alcuni casi relativi alle diffusioni radiofoniche:

Analogamente, il punto 1.3 delle "Condizioni generali d'uso" di *Amazon Drive*[23] afferma quanto segue: «*Tu puoi condividere solo i Tuoi File per i quali disponi di tutti i necessari diritti d'autore e degli altri diritti. Se condividi un file, chiunque abbia accesso a quel file potrà vederlo e scaricarne copie. Tu sei l'unico responsabile di come condividi i Tuoi File e dell'accesso da parte di terzi ai Tuoi File che condividi. Tu non puoi condividere file [...] (c) se la condivisione di quei file viola una qualsiasi legge, una proprietà intellettuale, la privacy, i diritti della personalità o altri diritti di altre persone, o una qualsiasi licenza o altro accordo a cui tu sei soggetto*».

Le medesime Condizioni, al punto 5.2, prevedono che possa essere disattivato il servizio in caso di violazioni commesse dagli utenti[24]. Infine, in caso di inosservanza del diritto d'autore, è possibile inviare una segnalazione ad *Amazon*: l'operatore, per quanto riguarda il mercato europeo, ha sede in Lussemburgo e, pertanto, non trova applicazione a tale fattispecie, diversamente da quanto visto per *Dropbox*, la normativa americana del DMCA e il relativo modello di *notice and take-down*.

È interessante, tuttavia, notare che le informazioni presenti nel modulo di segnalazione *on-line*, sebbene più "snelle" rispetto a quelle della § 512 del *Copyright Act*, siano, nei fatti, equivalenti, dal momento che si richiede di specificare i contenuti che sarebbero violati, l'URL dove è possibile visualizzarli, gli estremi identificativi del titolare del diritto[25].

Minori spunti offrono, invece, le condizioni d'uso del servizio *iCloud* della *Apple*[26], in particolare perché il paragrafo relativo al diritto d'autore è ricompreso nei generici servizi offerti dalla società: quindi, non è prevista una procedura specifica per i servizi *cloud*.

Simili valutazioni possono essere riferite alle condizioni d'uso di *Drive*, il servizio *cloud* di *Google*. Difatti, l'accettazione dei "Termini di servizio" di *Google Drive*[27] è subordinata all'accettazione dei "Termini di servizio" di *Google*[28], dal momento che, com'è risaputo, tutti gli strumenti offerti dalla multinazionale americana sono soggetti ai medesimi *terms and conditions*.

Le condizioni generali presentate da *Google* si limitano a ricordare quanto segue: «*Rispondiamo alle notifiche di presunta violazione del copyright e provvediamo a chiudere gli account dei trasgressori recidivi in conformità con la procedura stabilita nel Digital Millennium Copyright Act*». Pertanto, il soggetto che ritiene che sia stato violato un suo diritto di proprietà intellettuale dovrà utilizzare, per via telematica, il modello messo a disposizione della società, ed ottenere, se ne ricorrono i presupposti, la rimozione di tale contenuto. *Google*, poi, si riserva – così come altri fornitori di servizi *cloud* – di sospendere o disattivare l'*account* dell'utente in caso di ripetute trasgressioni delle proprie regole o delle norme a tutela del diritto d'autore.

Boz Scaggs Music v. KND Corp., 491 F.Supp. 980, 913 (D. Conn. 1980); *Realsongs v. Gulf Broadcasting Corp.*, 824 F.Supp. 89, 92 (M.D. La. 1993); *Unicity Music, Inc. v. Omni Communs., Inc.*, 844 F. Supp. 504, 509 (E.D. Ark. 1994).

23 V. l'ultimo aggiornamento del 28 novembre 2017, disponibile al seguente URL: *https://www.amazon.it/gp/help/customer/display.html?nodeId=201376540*.

24 «Amazon potrà risolvere il Contratto, o limitare, sospendere o cessare il tuo utilizzo del Servizio in ogni momento, per esempio quando dovessimo ritenere che il tuo utilizzo viola il presente Contratto, sia improprio, ecceda sostanzialmente o differisca gravemente dal normale utilizzo degli altri utenti del Servizio o qualora si caratterizzi per atti di frode o per uso inappropriato del Servizio o danneggi gli interessi di Amazon e degli altri utenti del Servizio».

25 Cfr. *https://www.amazon.it/report/infringement*

26 *https://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/it/terms.html*

27 *https://support.google.com/drive/answer/2450387?hl=it*.

28 *https://www.google.com/intl/it/policies/terms/*.

Le condizioni di *Drive*, inoltre, contengono una previsione che non ricorre frequentemente nelle clausole d' uso degli altri *service provider*: «*Non rivendichiamo la proprietà di nessuno dei tuoi contenuti, inclusi testo, dati, informazioni e file che carichi, condividi o archivi nell'account di Drive*». Tale precisazione, che potrebbe apparire pleonastica, evidenzia, tuttavia, che il servizio *Drive*, a differenza di altre prestazioni offerte da *Google* (ad esempio, *Google+* o *YouTube*), non concede a tale società alcuna licenza per il riutilizzo dei contenuti condivisi dagli utenti di quest' applicazione.

Proseguendo in questa rapida rassegna, meritano un cenno anche le condizioni d'uso di *Mega Limited*, dal momento che si tratta di un fornitore stabilito in Nuova Zelanda e, quindi, non soggetto all'applicazione né della normativa europea, né di quella statunitense.

Il punto 13.3. impone all'utente di non «*infringe anyone else's intellectual property (including but not limited to copyright) or other rights in any material*». Anche in questo caso, il gestore del servizio si riserva il diritto, a sua discrezione, di sospendere l'erogazione del servizio stesso, in caso di violazioni (anche presunte) delle condizioni d'uso o dei diritti dei terzi.

Queste ultime menzionano una procedura elaborata di notifica e rimozione[29]. È interessante notare che, a differenza di altri servizi non statunitensi, si afferma che la notifica

[29] Cfr. punto 10: "We respect the copyright of others and require that users of our services comply with copyright laws. You are strictly prohibited from using our services to infringe copyright. You may not upload, download, store, share, display, stream, distribute, e-mail, link to, transmit, share or otherwise make available any files, data, or content that infringes any copyright or other proprietary rights of any person or entity. We will respond to notices of alleged copyright infringement that comply with applicable law and are properly provided to us. If you believe that your content has been copied or used in a way that constitutes copyright infringement, please provide us with the following information: (i) a physical or electronic signature of the copyright owner or a person authorised to act on their behalf; (ii) identification of the copyrighted work claimed to have been infringed; (iii) identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit us to locate the material including the exact URL link to that material on Mega; (iv) your contact information, including your address, telephone number, and an email address; a statement by you that you have a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorised by the copyright owner, its agent, or the law; and (v) a statement that the information in the notification is accurate, and, under penalty of perjury (unless applicable law says otherwise), that you are authorised to act on behalf of the copyright owner". Punto 20: "We reserve the right to remove data alleged to be infringing without prior notice, at our sole discretion, and without liability to you. In appropriate circumstances, we will also terminate your account if we consider you to be a repeat infringer". La procedura di *notice and take-down* è descritta nei punti 21 e ss.: 21 We process all takedown notices based on good faith acceptance of the representations from the party submitting the takedown notice. We do not review the material before processing the takedown notice. 22 You may file a counter-notice if you believe that access to a file you have uploaded has been wrongly disabled because it was the subject of an incorrect takedown notice. You should only do so if you are confident that no other party owns copyright in the material, or you have rights to store the material and, if you are sharing it, that you have the right to do so. 23 Please understand that: 23.1 When we receive your counter-notice, we pass it, including your address and other contact information, to the party who issued the original takedown notice. By submitting your counter-notice you authorise us to do so. 23.2 Filing a counter-notification may lead to legal proceedings between you and the complaining party. 23.3 There may be adverse legal consequences in New Zealand and/or your jurisdiction if you make a false or bad faith allegation by using this process. 23.4 If, when using this counter-notice process, you make a false or bad faith allegation or otherwise breach these terms or any of our policies and that causes us any loss, costs (including legal costs), damages or other liability, we reserve the right to claim for and recover from you that loss, those costs (including full legal costs on a solicitor client basis), damages and other liability, by deduction from any balance in our account and/or by proceedings in New Zealand and/or the jurisdiction of the address in your counter-notice. 23.5 We provide this counter-notice process voluntarily for the purposes of all applicable copyright takedown and counter-notice regimes in New Zealand and other jurisdictions, but, in

debba essere effettuata in buona fede e che, in caso contrario, potrebbero esservi conseguenze legali.

Il punto che appare particolarmente interessante è quello nel quale il fornitore del servizio specifica che l'attività di notifica e rimozione è fornito su base volontaria – non essendo imposto a livello legislativo – e che la cancellazione di contenuti protetti potrebbe sì rispondere alla normativa di Stati diversi dalla Nuova Zelanda, ma che, anche in tale caso, questa circostanza non fa venir meno la competenza delle Corti neozelandesi. In altri termini, anche l'eventuale applicazione (di fatto) di una determinata legge nazionale, non verrebbe ad alterare, per le condizioni d'uso, la competenza giurisdizionale.

La ricognizione delle condizioni generali di contratto dei principali operatori dimostra che tutti hanno attuato, anche nei casi in cui non fosse richiesto espressamente dalla legge nazionale, dispositivi di *notice and take-down*. È dimostrato, infatti, che tali strumenti, basati sul "potere" contrattuale degli operatori, che dettano le regole della fruizione dei servizi, consentono di ridurre i costi transattivi associati ai tempi e alle spese di un eventuale giudizio ordinario, finalizzato alla rimozione dei contenuti che violano i diritti d'autore e costituiscono un vantaggio economico sia per i titolari dei diritti che per gli stessi fornitori di servizi[30].

9. L'analisi – inevitabilmente frammentaria – impone di ritenere che la parola fine rispetto al quesito della liceità nel rapporto tra sistemi di *cloud computing* e regole del diritto d'autore, sia lontana dall'essere scritta.

---

doing so, we do not submit to any jurisdiction, law, tribunal or court other than those of New Zealand, as set out in these terms. We may amend, suspend or withdraw this counter-notice process at any time, provided that any counter-notices in train at that time shall continue to be processed. 24 By filing a counter-notice, you are deemed to have accepted the above terms. If you do not accept the above terms, do not file a counter-notice. 25 To file a counter-notice with us, you must provide a written communication to copyright@mega.nz that includes substantially the following. 25.1 Identification of the specific URL(s) of material that has been removed or to which access has been disabled. 25.2 Your full name, address, telephone number, email address and the username of your Mega account. 25.3 The statement: "I have a good faith belief that the material was removed or disabled as a result of a mistake or misidentification of the material to be removed or disabled." 25.4 The reasons for that good faith belief, sufficient to explain the mistake or misidentification to the person who filed the original takedown notice. 25.5 The statement "I will accept service of proceedings in New Zealand or in the jurisdiction where my address in this counter-notice is located, from the person who provided Mega Limited with the original copyright takedown notice or an agent of such person." 25.6 Signature. A scanned physical signature or usual signoff in an email or using our webform will be accepted. 25.7 You may also provide comments. 26 We will only accept a counter-notification directly from the user from whose account a URL or file has been disabled. For verification, counter-notifications must be submitted from the email address associated with the account. 27 If we do not receive any further communication from or on behalf of the person who originally submitted the takedown notice or any communication we do receive does not in our sole opinion adequately justify the original takedown notice, we may, but shall not be obliged to, reinstate the material in approximately 10-14 days provided we have no reason to believe that the material infringes copyright. 28 Nothing in this counter-notice section prejudices our right to remove or disable access to any material at any time, for any reason or no reason".

[30] Anche il legislatore italiano, com'è noto, ha introdotto un modello di notifica e rimozione con il c.d. Regolamento AGCom (Delibera AGCom n. 680/13/CONS). Sul punto si rinvia, tra gli altri, a M. BASSINI, *Enforcement del Diritto d'autore Online e tutela dei diritti "degli altri". Profili costituzionali del regolamento AGCOM*, in *Federalismi*, 2014, n. 2; A. STAZI, *La tutela del diritto d'autore in rete: bilanciamento degli interessi, opzioni regolatorie e "modello italiano"*, in *Dir. inf.*, 2015, p. 89 ss.; G. GIANNONE CODIGLIONE, *Opere dell'ingegno e modelli di tutela. Regole proprietarie e soluzioni convenzionali*, Torino, 2017, p. 332 ss.

Innanzi tutto, perché sembra difficile individuare un'unica disciplina applicabile alle singole fattispecie, tenendo conto delle diverse tipologie di servizi sul mercato e del loro differente funzionamento. Infatti, quelli passati in rassegna spaziano da attività in cui non v'è alcun intervento del fornitore, che si limita a mettere a disposizione una porzione di spazio telematico (similmente a quanto fa un *host provider* in caso di apertura di un sito *web*), a prestazioni che offrono specifiche utilità, come quelli che consentono la registrazione in remoto di programmi televisivi, su cui si è concentrata principalmente l'attenzione della giurisprudenza nei diversi ordinamenti considerati.

In questo senso, deve ribadirsi che la Corte di Giustizia, decidendo di non prendere una posizione netta in merito alla riconducibilità del *cloud* alla copia privata, ha perso un'occasione importante, dal momento che l'elemento che appare accomunare tutti i servizi è, appunto, la possibilità di condividere delle copie con altri utenti.

Diversi gli interrogativi irrisolti: si tratta di copie, come taluno sostiene, o di meri servizi di condivisione? Per aversi copia è necessario un ulteriore elemento (ad esempio, creare un nuovo *file* sul proprio *hard disk*) oppure la semplice condivisione, con possibilità di fruizione da parte di altri, equivale, di per sé, ad una copia?

Il diritto, nel considerare la nozione *de qua*, ha sempre fatto riferimento al criterio della tangibilità, specialmente negli ordinamenti di *common law*. Ci si chiede allora se l'aspetto della "fisicità", nel mondo dei *bit*, sia ancora rilevante o debba cedere il passo a nuovi e differenti paradigmi.

Probabilmente, una presa di posizione risoluta, da parte dei giudici comunitari, avrebbe potuto far luce, almeno a livello europeo, su questo aspetto, i cui contorni, al contrario, appaiono ancora sfumati.

Del resto, una maggiore chiarezza avrebbe favorito anche lo sviluppo o la modifica di tali servizi.

Si tratta, evidentemente, di una lettura differente volta a coniugare l'aspetto giuridico con quello economico.

In altri termini, la decisione della Corte di Giustizia è verosimilmente corretta da un punto di vista tecnico, ma presenta due limiti evidenti. Innanzi tutto non è estensibile ad altri servizi, oltre a quelli considerati, seppur operanti nel medesimo settore e rispondenti agli stessi bisogni dei consumatori (ossia la registrazione in *cloud computing* di programmi televisivi): ne è riprova l'analisi della giurisprudenza americana dove, variando alcuni aspetti secondari e talune condizioni legislative, le soluzioni giurisprudenziali appaiono completamente "rovesciate".

Inoltre la sentenza VCast applica in maniera formalistica la disciplina esistente che era pensata per uno scenario tecnologico assolutamente diverso.

Con ciò non si vuole affermare che ogni modifica tecnologica debba comportare la conseguente emanazione di leggi *ad hoc*, anzi, si ritiene che tra gli obiettivi dei legislatori che si confrontano con l'*information technology* dovrebbe esserci per primo quello di pensare ad una normativa capace di guardare al futuro. Tuttavia, risulta difficile negare che il concetto di comunicazione al pubblico, così come faticosamente declinato dalla Corte di Giustizia, sia inidoneo a rispondere alle esigenze che la domanda dei consumatori pone alle industrie tecnologiche.

Per questa strada, si giunge, inevitabilmente, ad una visione più complessa, che, però, merita di essere accennata. Può il diritto costituire un ostacolo allo sviluppo tecnologico? Possono le regole sulla proprietà intellettuale essere utilizzate, in maniera strumentale, per

frenare lo sviluppo di servizi nuovi, che rispondano a bisogni ai quali, evidentemente, non riescono a fare fronte le imprese televisive? Oppure dobbiamo mutare l'angolo prospettico e ritenere che i fornitori dei servizi tecnologici sfruttino parassitariamente i creatori (e finanziatori) di contenuti?

Le risposte a tali interrogativi, naturalmente, sono tutt'altro che agevoli, così come risulta complicato assumere una posizione dirimente.

Non può non considerarsi, tuttavia, che il diritto d'autore, nel corso dell'ultimo quindicennio, sia divenuto un "grimaldello" per arginare lo sviluppo di servizi che, in termini concorrenziali, potrebbero attrarre i consumatori e distoglierli dalla fruizione dei tradizionali mezzi di intrattenimento.

Si pensi, per essere più espliciti, alla "battaglia" cui si è assistito tra titolari dei diritti d'autore e gestori delle piattaforme del *web* 2.0 come *YouTube*. L'obiettivo dei primi era quello di tutelare le proprie opere o di intraprendere uno scontro con i secondi, che, per mezzo dei loro servizi, hanno eroso gli investimenti pubblicitari un tempo destinati agli operatori televisivi?[31]

In definitiva, la decisione VCast della Corte di Giustizia deve essere osservata per quello che è, ossia una pronuncia che riguarda uno specifico servizio e una fattispecie peculiare; non è possibile, pertanto, mutuare da tale sentenza soluzioni applicabili a tutto il comparto del *cloud computing*. Un settore che, evidentemente, necessita di interventi differenti così come di diverse decisioni, la cui complessità non può essere affidata *tout court* all'attività vicaria della giurisprudenza.

[31] Sul punto, si rinvia a G.M. RICCIO, *Social network e responsabilità civile*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 859 ss.

LA GARANZIA AUTONOMA: SPUNTI DAI MODELLI UNIFORMI

MARIO RENNA*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Garanzia autonoma e collocazione sistematica delle garanzie personali d'impresa. – 3. Causa del contratto autonomo di garanzia e ragioni dell'impresa. – 4. Spunti dal diritto francese: a partire dal dualismo *code civil-code de commerce*. – 4.1. Garanzia autonoma: disciplina codicistica e logiche d'impresa. – 5. La disciplina della garanzia autonoma nel DCFR. – 6. La convenzione Uncitral in tema di garanzie autonome. – 7. Le regole della CCI a sostegno delle garanzie autonome.– 8. Osservazioni conclusive.

1. Nella storia e nello sviluppo del credito le garanzie personali hanno costantemente accompagnato i rapporti obbligatori derivanti da atti individuali ma anche quelli discendenti da finanziamenti e da operazioni economiche maggiormente complesse[1]. Le istanze di sicurezza, prevedibilità e programmazione delle attività economiche hanno favorito la capacità autoregolatrice dei privati[2].

Tale fenomeno può essere letto come: *i*) tentativo di sopperire alle lacune normative; *ii*) affrancamento dai vecchi modelli e dal dogma dell'accessorietà, stridenti con le esigenze economiche coinvolte[3].

A tutta prima, secondo un inquadramento europeo della materia, ciò pare trovare conferma nel *Draft Common Frame of Reference* (da ora, anche, DCFR), ove al libro IV–G compaiono particolari regole in tema di contratti di garanzia personale[4]. Specificamente,

*Assegnista di ricerca in Diritto privato nell'Università di Roma Tre.

[1] *Amplius*, R. SACCO, *Garanzie e autonomia contrattuale*, in AA. VV., *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011, p. 439 ss.; G. MARICONDA, *Le 'garanzie' tra Codice Civile, prassi e nuova legislazione*, in L. VACCA (a cura di)*, Il Codice Civile ha 70 anni ma non li dimostra,* Napoli, 2016, p. 139 ss.

[2] Recentemente, per G. PALERMO, Sein und Sollen, in A. LUMINOSO (a cura di), *Diritto e crisi*, Milano, 2016, p. 32, la genesi delle garanzie atipiche è riconducibile «[…] alle pretese di un ceto creditorio reclamante sicurezza» (p. 33). V. M. CENINI, voce *Garanzie atipiche*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ. Aggiornamento,* VIII, Torino, 2013, p. 304 ss. a p. 313; G. BOZZI, voce *Garanzie atipiche*, in S. MARTUCCELLI, V. PESCATORE (a cura di), *Diritto civile*, in *Diz. dir. priv. Irti,* Milano, 2011, p. 817 ss. In tema, v. i lavori monografici di A. CALDERALE, *Autonomia contrattuale e garanzie personali*, Bari, 1999; P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, 1999; M. SESTA,*Le garanzie atipiche*, I, *Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia. Contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1988; E. BRIGANTI, *Contratti di garanzia e autonomia privata*, Padova, 1988. Per alcuni spunti, E. GINEVRA,*Le garanzie contrattuali atipiche sui crediti dell'impresa*, in L. CAPRIO, G. PRESTI (a cura di), *Le garanzie nel credito alle imprese. Funzione economica, disciplina giuridica ed evidenze empiriche*, Torino, 2001, p. 163 s.

[3] G.B. PORTALE, *Fideiussione e* Garantievertrag *nella prassi bancaria*, in ID. (a cura di), *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, p. 1053; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995, p. 115 ss. G. TERRANOVA, *I contratti bancari nel sistema del codice civile: un modello per un codice europeo dei contratti?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 536, parla di complessiva arretratezza normativa in tema di garanzie. Più recentemente, A. FUSARO, *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?*, ivi, 2011, I, p. 665 ss.

[4] A. VENEZIANO, voce *Garanzie del credito (diritto privato europeo),* in *Dig. disc. priv.-sez. civ. Aggiornamento*, IX, Torino, 2014, p. 274 ss. a p. 279, rileva che il libro IV -G del DCFR incide in un settore in cui le tradizioni giuridiche degli ordinamenti europei, pur differenziate, presentano indubbi punti di convergenza e, pertanto, si accredita a rappresentare un rilevante punto di riferimento per la futura riflessione della dottrina europea in materia di garanzie personali; EAD.,*Diritto europeo dei contratti e disciplina delle garanzie del credito*, in F. CAFAGGI (a cu-

l'art. 1:101 riconosce e *norma* la coesistenza di due distinti modelli di garanzia: la c.d. *dependant security*, informata al principio dell'accessorietà, e la *independant security*, più snella e flessibile[5].

La scelta sistematica risente della tipica bipartizione continentale[6]: in Italia tra fideiussione e garanzie autonome, in Germania tra *Bürgschaft* e *Garantievertrag*[7], in Francia – come divisato nel nuovo libro IV *"Des sûretés"* – tra *cautionnement* e *garantie indépendante*[8].

Al fondo della soluzione adottata, può leggersi l'intento di garantire, nel bilanciamento di valori e istanze pratiche, una ampia flessibilità della regolamentazione che supporti forme snelle e affidanti di garanzia personale e assicuri una tutela agli istituti principianti dalla prassi e dal commercio internazionale[9].

E sempre volgendo lo sguardo allo scenario internazionale, tramite la convenzione Uncitral del 1995 in tema di garanzie indipendenti e lettere di credito *stand-by* e le *ICCUniform Rules for Demand Guarantees*, può osservarsi l'importanza che viene assegnata alle forme di garanzia personale d'impresa, reputate idonee a porre al riparo i traffici economici dalle entropie proprie dei sistemi commerciali extranazionali[10].

Il contratto autonomo di garanzia costituisce un epicentro del sistema delle garanzie personali e, al contempo, rappresenta un banco di prova ove misurare le istanze delle im-

---

ra di), *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2003, p. 169 ss. Per qualche rilievo critico, L. MONTRASIO, *L'altra metà del cielo: le commercial securities all'interno del DCFR*, in C. MARCHETTI (a cura di), *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, Torino, 2012, p. 279 ss. Cfr. G. TUCCI, *L'armonizzazione del diritto delle garanzie*, in F. MACARIO (a cura di), *Livelli di armonizzazione nel diritto europeo dei contratti. Un'indagine per settori e tipi contrattuali*, Foggia, 2009, p. 193 ss. Da ultimo, v. l'analisi di D. CERINI, *Personal Guarantees between Commercial Law and Consumer Law*, in AA. VV., *Italian National Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law – Vienna 2014*, Milano, 2014, p. 439 ss.

[5] Per un quadro d'insieme, U. DROBNIG, *Personal Security (PEL Pers. Sec.)*, Munich, 2007; ID., *Present and Future of Real and Personal Security*, in *ERPL*, 2003, p. 623 ss.; S. VAN ERP, *Surety Agreements and the Principle of Accessority - Personal Security in the Light of a European Property Law Principle*, ivi, 2005, p. 309 ss.; A. CARRASCO,*The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, in *ERCL*, 2008, p. 389 ss.; M.E. STORME, *The Harmonisation of the Law of Personal Security*, in *Jur. Int.*, 2009, p. 73 ss.

[6] Così, F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, X, Torino, 2009, p. 36.

[7] Per la teorizzazione del *Garantievertrag* v. R. STAMMLER, *Der Garantievertrag: eine civilistiche Abhandlung*, in *Arch. civ. Prax.*, 1886, p. 1 ss. Interessante è, poi, la ricostruzione di W. HADDING, *I contratti di garanzia bancaria*, in *Giust. civ.*, 1979, IV, p. 129 ss. Tra gli studi più recenti, C. FÖRSTER, *Die Fusion von Bürgschaft und Garantie. Eine Neusystematisierung aus rechtsvergleichender Perspektive*, Tübingen, 2010; K. KLINGEL, *DiePrinciples of European Law on Personal Securityals neutrales Recht für internationale Bürgschaftsverträge. Ein Vergleich mit dem französischen und dem deutschen Recht*, Tübingen, 2009.

Per osservazioni sulla riforma del 2006, PH. SIMLER,*La réforme du droit des sûretés. Un livre IV nouveau du Code civil*, in *JCP*, 2006, I, 124 ss. In dottrina, M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, Paris, 2006. Per una sintesi teorica, G. TUCCI, voce *Garanzia III) Diritti di garanzia - Dir. comp. e stran.,* in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 10 ss., il quale non manca di rilevare che nei paesi di diritto codificato, il problema più rilevante delle garanzie personali è rappresentato dai rapporti tra la disciplina elaborata per le forme di garanzia accessoria e quella da applicare alle ipotesi contrattuali di garanzia autonoma ed astratta.

[9] V. le riflessioni di F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 35, secondo cui «[…] se una lezione deve essere recepita dall'evoluzione delle garanzie personali, questa non potrà che essere nella direzione della massima flessibilità delle regole, di natura giuridico-formale (ossia di indole propriamente legislativa) o informale (ad esempio, affidate a raccolte di regole condivise dalla prassi, del tipo "*restatement*"), evitando perciò, almeno in linea di principio, di ricorrere all'inderogabilità delle norme, che finirebbe soltanto per suscitarne l'aggiramento attraverso (nuovi) modelli della prassi in forma di *escamotages* la cui tenuta, in sede giurisdizionale nazionale, non sarebbe affatto garantita».

[10] V., anche, A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XVIII, III, Milano, 1998, pp. 7-16.

prese e il loro imporsi[11]. Esso si distingue per la presenza di una regolamentazione di interessi basata sul rilievo delle competenze professionali dei contraenti e del contesto operativo sottostante[12]. Inoltre, tale congegno negoziale risulta coerente con la funzione tipicamente assolta dalla garanzia personale, ovvero l'irrobustimento e la tutela della aspettativa creditoria in forza dell'espansione del lato passivo[13].

La lettura che vuol offrirsi prova proprio a mettere in esponente come tale contratto si inserisca funzionalmente nell'alveo del *plurale* sistema delle garanzie[14]–concetto teoricamente dibattuto[15]–e assegni una posizione preminente alle peculiarità settoriali[16].

Tale configurazione suggerisce di spostare l'attenzione, poi, dall'atto al piano dell'attività, dal contratto nella sua individualità (isolatamente ed occasionalmente inteso) alle dinamiche del mercato in cui esso confluisce[17].

---

[11] Cfr. M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002; G. MEO, *Impresa e contratto nella valutazione della atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione* «omnibus», Milano, 1991; ID., *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano, 1991; G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, 1990. Molti rilievi interessanti sono contenuti in G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1999, spec. p. 11 ss., p. 19 ss. Il legame tra attività bancaria e contratti di garanzia personale è efficacemente delineato, *ex multis*, da C. ANGELICI,*Le garanzie bancarie*, in *Tratt. Rescigno*, XII, *Obbligazioni e contratti*, IV, Torino, 1985, p. 1023 ss.; N. SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, in *Tratt. Vassalli*, VIII, III, Torino, 1983, p. 209 ss.

[12]U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea*,Milano, 2004, spec. p. 769. Da ultimo, parla di contratto autonomo di garanzia quale contratto stipulato tra parti imprenditrici estremamente versatile E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa,* I*, Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Bologna, 2012, p. 553.

[13]G. BO, voce *Garanzia*, in *Nuovo dig. it.*, VI, Torino, 1938, p. 192 ss.; A. MONTEL, voce *Garanzia*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1968, p. 742. V. l'indagine di U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 755 ss., volta a ripercorrere gli approcci ermeneutici più significativi in tema di garanzia. V. lo studio di N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 98 ss.

[14]E. GABRIELLI, *Il pegno«anomalo»,* Padova, 1990, p. 124, ritiene che sul piano nominalistico sia più opportuno discorrere di garanzia e garanzie; G. BISCONTINI,*Assunzione di debito e garanzia del credito,* cit., p. 42, annota che «[…] discorrendo di garanzia al singolare si rischia di non cogliere le diversità esistenti tra gli interessi creditori che si intendono proteggere». G.F. CAMPOBASSO, *Coobligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, Napoli, 1974, p. 138 ss., annette la polivalenza della garanzia alla povertà del linguaggio giuridico. Cfr. A. GAMBARO, *Alcuni problemi delle garanzie del credito nella prospettiva comparatistica*, in L. VACCA (a cura di), *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*,Torino, 2003, p. 423. Più recentemente, F. ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, Napoli, 2009, p. 17 ss.; S. LANDINI, *Polizze fideiussorie, assicurazione e fideiussione ordinaria nella polisemia del termine garanzia del credito*, in *Nuovo dir. civ.*, 2017, 2, p. 83 ss.

[15]G. TUCCI, voce *Garanzia*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.,* VII, Torino, 1992, p. 579 ss.; L. PIAZZA, voce *GaranziaI) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 1, rileva che «la nozione di garanzia, invero, penetra così profondamente in tutte le sfere dell'attività umana, che non sempre risulta facile spogliarla delle valenze d'ordine morale, sociale ed economico che evoca ed offrirne una definizione giuridicamente pura»; M. FRAGALI, voce *Garanzia e diritti di garanzia,* in *Enc. dir.,* XVIII, Milano, 1969, p. 448 ss. eloquentemente osserva che «con una sola parola si designano cioè situazioni disparate […]. Ma possono avervi influito in modo concorrente, da un lato, la tendenza al concettualismo che, non di rado, fa scorgere simiglianze o affinità fra istituti differenti e, dall'altro, la tradizione terminologica della pratica e della legge, dalla quale, sotto vari aspetti riflessi, può convenire non discostarsi. Ne risultano confusioni ed equivoci per quanto chiari possano essere la natura e i caratteri di ciascuna fattispecie, e chiaro il fondamento e il contenuto della disciplina che ognuna riceve».

[16] Seppur in riferimento al sistema delle garanzie reali, v. A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001, spec. p. 108 ss.

La valutazione in termini di operatività pratica consente di riflettere su come forme contrattuali forgiate dall'inventiva dei privati possano consentire di tutelare assai più efficacemente il credito rispetto alla fideiussione tradizionale, senza che ciò comporti uno snaturamento della funzione di garanzia[18].

Si è dinanzi ad una autentica spersonalizzazione (o neutralità[19]) del rapporto di garanzia del credito[20], ove, il "mito" della fideiussione sovente gratuita, e spontaneamente rilasciata dal garante-amico o dal garante-familiare – insieme costituenti la cerchia dei garanti profani[21]–è stato sopraffatto da una ridefinizione in chiave specialistica d'impresa[22].

---

[17]G.B. PORTALE, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 1984, I, p. 14 ss.; ID., *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 1 ss. In tema, v. A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 528 ss.; L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2012, p. 43 ss.

[18]G. GORLA,*Le garanzie reali dell'obbligazione. Parte generale*, Milano, 1935, p. 3 ammonisce che «[…] la conoscenza di un istituto giuridico è conoscenza della sua funzione e della sua struttura» e prosegue rilevando che «dal punto di vista della funzione, garantire l'obbligazione, meglio, in senso lato, il dovere, significa assicurarne l'adempimento». G. GRISI,*Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999, p. 9, pone subito in allerta dal subire «[…] il fascino esercitato dalla semplificazione, fatalmente indotta dalla tendenza a considerare la garanzia come categoria in sé sfuggente e solo individuabile con nettezza in chiave teleologica». A detta dell'A., la risposta agli interrogativi derivanti dalle esperienze pratiche non deve condurre ad una indulgente considerazione della garanzia e, di conseguenza, ad una cristallizzazione dei vecchi dogmi. Di tal fatta, ne discenderebbe «[…] una rarefazione del concetto di garanzia, il quale, relegato e costretto in un ambito oltremodo circoscritto, serberebbe intatta la sua "purezza", ma finirebbe per smarrire la propria funzione» (p. 12). In termini dubitativi, v., però, A. RAVAZZONI, *La fideiussione,* Milano, 1957, p. 105, e O.T. SCOZZAFAVA, *Note in tema di* garanzia, in *Contr. impr.*, 2006, p. 866, che nega ammissibilità sistemica al contratto autonomo di garanzia poiché questo presenterebbe, solo, analogie con la funzione assicurativa (e non con quella, appunto, di garanzia). Criticamente, per A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1992, p. 108, nel contratto autonomo di garanzia sul rango causale accede l'elemento della promozione di un affare (che in ogni altro negozio di garanzia rimane allo stato di motivo o di presupposto di fatto dell'assunzione della garanzia medesima).

[19] Sulla neutralità dell'obbligazione di garanzia, quando correlata alle dinamiche d'impresa, v., *ex multis*, L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, Napoli, 1995, pp. 66-72 ss.; G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 19 ss.

[20] Mentre G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 14 ss., rileva l'indebolimento della logica cooperativa nel meccanismo della garanzia, diversamente, G. PIEPOLI,*Le «garanzie negative»*, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 2001, I, p. 410, arguisce che le garanzie negative convenzionali contribuiscano in modo significativo al processo di personalizzazione dei rapporti contrattuali, trovando un ambito di applicazione privilegiato nelle operazioni creditizie caratterizzate da un preciso *intuitus personae*. Secondo l'A. (p. 406) «[…] la "clausola negativa" costituisce un elemento peculiare dei finanziamenti concessi a debitori "forti", dotati di specifico potere contrattuale, dai quali non è possibile ottenere le tradizionali garanzie reali». C. RUSSO, *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 1997, p. 1 parla di spersonalizzazione dei mercati per la crescente esigenza di rafforzare la tutela delle aspettative creditorie. V. D. LA ROCCA, *La qualità dei soggetti e i rapporti di credito*, Napoli, 1992, p. 13 ss.

[21]U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 782 ss.; nel diritto francese, *ex multis*, Y. PICOD, *Droit des sûretés*, Paris, 2011, p. 34 ss. Attorno al tema delle c.d. fideiussioni rovinose, S. CATANOSSI, *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, Perugia, 2007. Per spunti dal diritto europeo, v. A. COLOMBI CIACCHI (a cura di), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, Baden-Baden, 2007; EAD., S. WEATHERILL (a cura di), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe. The Case of Personal Suretyships*, Oxford, 2010. V., per altri spunti, L. DI NELLA, *La tutela del garante nell'esperienza tedesca e negli ordinamenti europeo e italiano: la* Mithaftung von Nahbereichpersonen, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 1191 ss.

[22]M. BOURASSIN, *La spécialisation du droit dessûretés personnelles, «entre droit commercial et protection des consommateurs»,* in *Rev. int. dr. comp.*, 2014, p. 435 ss. Di fideiussione come contratto, in principio, di beneficenza discorrono A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretes personnelles*, in *Traité Ghestin*, Paris, 2010, p. 130 ss.

Pertanto, la dilatazione degli schemi di garanzia personale sotto il versante soggettivo e oggettivo mette in primo piano l'incidenza dell'impresa sugli schemi contrattuali e richiede una rimeditazione del sistema delle garanzie personali[23]. Parrebbe, quindi, necessitata l'esigenza di definire regole operative che si possano adeguare alla specificità degli interessi presenti e alle identità economiche e professionali delle parti[24], superando la mera cristallizzazione concettuale della fideiussione quale negozio fondato e irregimentato su precedenti effetti giuridici[25].

Ciò considerato, appare opportuno esaminare quale sia la reazione discendente dall'ordinamento italiano e da quello francese dinanzi all'impetuoso incedere della garanzia autonoma e delle logiche d'impresa che lo contraddistinguono. Se nel primo caso può essere avocata la teoria dell'autonomia d'impresa al fine di consentire l'affermazione e la validazione di nuove forme di garanzia personale del credito[26], diametralmente opposta è la soluzione che si radica nel diritto francese.

Con la consacrazione del contratto autonomo di garanzia avvenuta nel 2006 all'interno del *code civil* si è rimessa al legislatore la capacità di riconoscere un congegno contrattuale a lungo diffuso nella prassi. Ciò, però, non impedisce di apprezzare la flessibilità disciplinare e più, in generale, di ricercare tra le pieghe normative i distinguo posti nell'accesso ai meccanismi di garanzia personale per privati cittadini e imprese. Inoltre, come già accennato, il tema della garanzia autonoma e merita di essere problematizzato secondo le soluzioni fornite a livello sovranazionale nel DCFR e nelle regolamentazioni sorte in seno all'Uncitral e alla Camera di commercio internazionale.

2. L'esigenza tipica dell'impresa di dotarsi di forme di garanzia idonee a superare rigidità concettuali e schemi tipizzati nel codice civile ha condotto alla progressiva affermazione del contratto autonomo di garanzia.

---

[23] Criticamente, G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 46 s., invita a superare ogni prospettiva eccessivamente generalizzante e di considerare ogni singolo modello al fine di individuarne la funzione complessivamente ad esso sottesa. Dello stesso tenore, L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, cit., p. 11 ss. a p. 51 ss.

[24] V. quanto espresso in D. CERINI, *Personal Guarantees between Commercial Law and Consumer Law*, cit., p. 442 ss. Per una lettura generale del rilievo soggettivo nella contrattazione d'impresa, E. GABRIELLI, *I contraenti* e F.D. BUSNELLI, *Conclusioni*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato,* Milano, 2006, rispettivamente a p. 113 ss. e p. 151 ss. Cfr., anche, G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità,* in *Riv. dir. civ.,* 2008, I, p. 491 ss.

[25] V. lo studio monografico di G. DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, Milano, 2000, spec. p. 135, nt. 41, p. 536. L. BARBIERA, *Le garanzie atipiche e innominate nel sistema del codice del 1942*, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 1992, I, p. 727 ss. a pp. 728-729, ha precisato che la pratica negoziale degli affari è riuscita ad erodere progressivamente la disciplina fideiussoria, ampliando l'oggetto della garanzia e svincolando la sicurezza di realizzazione del credito dalle vicende del rapporto obbligatorio garantito.

[26]G.B. PORTALE, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, cit., p. 16 s.; M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa,* I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., p. 33 ss. e, già, ID., *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito*, Milano, 1971.Sul punto, v. A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 515 ss.; L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., spec. p. 37 ss.

Una precisazione s'impone sin da subito. Aver scelto questo contratto non equivale a certificare la limitatezza dell'inventiva d'impresa in tema di garanzie personali del credito[27].

Contro la prospettiva di chiusura dei fenomeni di garanzia personale del credito milita quanto disposto all'art. 1179 c.c., ove può leggersi che il soggetto tenuto a fornire una garanzia, senza specificazione di modo e forma, possa prestare a propria scelta un'idonea garanzia reale o personale, ovvero una diversa sufficiente cautela. Questo gancio normativo consente di coonestare senza chiusure pregiudiziali la creazione e la diffusione di garanzie personali atipiche, riconoscendo ai meccanismi di garanzia del credito la capacità di adeguarsi alle costanti mutevolezze indotte dallo sviluppo dei traffici[28].

La presenza del contraente impresa nell'ambito delle garanzie personali - estendendo tale apprezzamento anche in riferimento alla fideiussione *omnibus* - si riflette sulle medesime conferendone peculiarità e condizionandone legittimità e meritevolezza, al punto da creare un autentico sottosistema delle garanzie personali[29].

Ciò, ad esempio, ha consentito di fugare i dubbi circa la legittimità di clausole a prima richiesta e senza proponibilità di eccezioni quando apposte a garanzie attive[30]. Dinanzi al rischio che tali meccanismi contrattuali potessero condurre all'indiscriminato sacrificio di diverse classi sociali e polverizzare le ragioni del ciclo produttivo si è tenuto a mente che tali garanzie trovavano operatività nella dinamica d'impresa[31]. La banca beneficiaria ricorrerebbe ad efficaci meccanismi di salvaguardia delle proprie ragioni, rimanendo estranea da ogni contestazione rifluente dai rapporti tra debitore e garante; il debitore necessita di siffatta garanzia per lo sviluppo dei propri affari; il garante, sovente impresa, agisce in un'ottica lucrativa e non di tutela disinteressata.

Questo contesto porterebbe ad escludere un contrasto con i principi di ordine pubblico e la conseguente invalidità negoziale[32]. L'immagine di una diversificata ammissibilità dell'atto in ragione dell'imporsi delle prerogative dell'impresa (*rectius*, delle imprese coinvol-

---

[27] U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 751 ss.

[28] Spiega U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, cit., p. 754, nt. 4 che «l'art. 1179 c.c. unisce, nel sistema, la nozione unitaria di garanzia quale possibile oggetto di un obbligo alle singole garanzie comprese nei due generi delle garanzie personali e delle garanzie reali ma non si limita a queste poiché si estende, purché siano idonee, a figure ulteriori non rientranti fra quelle già conosciute, secondo il *principio* implicito, ma unanimemente riconosciuto, dell'equivalenza delle garanzie, a cui deve unirsi il principio di autonoma determinazione delle garanzie secondo articolazioni plurime: il sistema delle garanzie delle obbligazioni, si autopropone, infatti, come sistema aperto, così da presupporre, contro i silenzi e le reticenze tramandate, forme nuove rispetto agli schemi legali».

[29] G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 26; A.A. DOLMETTA, *Garanzie bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 2007, I, p. 514 a p. 516.

[30] Sul tema, G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1067 s.

[31] Il profilo del finanziamento dell'impresa e l'assistenza ad esso fornita dalle garanzie personali è tratteggiato da A. NERVI, *Forme e tecniche delle garanzie nei finanziamenti*, in I. DEMURO (a cura di), *Le operazioni di finanziamento alle imprese. Strumenti giuridici e prassi*, Torino, 2010, p. 35 ss. Per l'A. «[…] l'articolazione della garanzia, nei suoi profili funzionali e strutturali, non è priva di conseguenze in ordine all'*an* ed al *quomodo* del finanziamento e del suo concreto svolgersi nella prassi dei rapporti socio-economici» (p. 40).

[32] Assai condivisibile è l'assunto di F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 1982, I, p. 189 s. per cui «diversa è la conclusione nelle ipotesi in cui la banca utilizza il patto "a semplice domanda" e "senza eccezioni" per garanzie che non hanno attinenza con attività imprenditoriali». Per l'A., ai fini dell'accertamento della validità, tale patto deve essere valutato, comunemente alle condizioni generali di contratto, alla luce dei canoni di buona fede, buon costume e ordine pubblico.

te) permette di tracciare una linea di demarcazione rispetto al c.d. contratto del soggetto proprietario.

Altra clausola che ha conosciuto una speculare riflessione in termini di valutazione delle istanze d'impresa e di compatibilità sistematica è stata quella *omnibus*–malgrado nel 1992 la l. 17 febbraio n. 154, all'art. 10, abbia emendato la disciplina codicistica fideiussoria, prescrivendo l'obbligo di previsione dell'importo massimo garantito, *ex* art. 1938 c.c., e sancendo il divieto della preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione per obbligazione futura, *ex* art. 1956 c.c.[33] –, anch'essa predisposta nelle fideiussioni attive a garanzia, come etimologicamente deducibile, di tutti i debiti presenti e futuri di un soggetto, in riferimento a rapporti che si instaurano tra il soggetto medesimo e il creditore (sovente nelle vesti di impresa bancaria)[34]. La fideiussione *omnibus*– precisiamo, per chiarezza, *ante* correttivo legislativo –sarebbe risultata sì gravosa per il garante da trasferire su di questi l'intero rischio economico dell'operazione, assistendosi di tal fatta a un pressoché totale esonero per l'azienda creditizia da qualsivoglia rischio d'impresa nell'attività di concessione e gestione del credito[35].

Questo sguardo di disfavore per la clausola di estensione temporale si è protratto anche in tempi più recenti, assumendo che le garanzie così strutturate sarebbero estranee alla programmazione e successiva realizzazione delle operazioni di credito tra debitore garantito e banca[36].

La presenza di un'impresa, oltre a quella bancaria garantita, nelle vesti di fideiussore conferirebbe una particolare validazione a questo contratto di garanzia. Esso si modella sulle esigenze della prassi commerciale, funge da moltiplicatore del credito e ratifica il superamento del prestito isolato.[37] Le logiche dell'impresa garantita, del garante e del debitore principale si congiungono in un legame circolare tale da porsi in chiara discontinuità con il

---

[33] Cfr. l'ampia riflessione di A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario*, Milano, 1993, spec. p. 1 ss., p. 54 ss., p. 210 ss., nonché i commenti puntuali di G.C.M. RIVOLTA, *Le nuove disposizioni sulla fideiussione*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, p. 673 ss. e A.A. DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 1992, I, p. 375 ss.

[34] In generale, tra i primi sforzi ricostruttivi, cfr. V. ANGELONI, *Fideiussioni per obbligazioni indeterminate*, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 1954, I, p. 65 ss.; M. FOSCHINI, *Fideiussione per obbligazione determinabile e per obbligazione futura*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, II, p. 450 ss.; G. STOLFI, *In tema di fideiussione per debiti futuri*, ivi, 1971, I, p. 225 ss.; M. FRAGALI, *La fideiussione generale*, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 1971, I, p. 321 ss.; P. RESCIGNO, *Il problema della validità delle fideiussioni c.d. 'omnibus'*, in AA. VV., *Studi in memeoria di Domenico Pettiti*, II, Milano, 1973, p. 1165 ss.; A. RAVAZZONI, *La fideiussione generale*, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 1980, I, p. 257 ss.

[35] G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1068, per il quale la clausola standardizzata *omnibus* costituisce un artificio retorico e classificatorio, in quanto «[…] il contratto che la contiene, nonostante il *nomen iuris* attribuito ancora dalle banche […] è in realtà un contratto autonomo di garanzia». V. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 497. Distintamente, F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, *Tratt. Buonocore*, II, 3. X, Torino, 2006, spec. p. 29-33 ss.

[36] A.A. DOLMETTA, *Garanzie bancarie*, cit., p. 518 s., per cui le clausole omnibus «[…] delineano garanzia di pura aggiunta e di pura casualità (per l'esserci, come per il loro non esserci): richieste fuori da ogni logica di istruttoria dell'affidato, come pure fuori da ogni valutazione del merito di credito» (p. 519). *Contra*, F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., spec. p. 34 ss. Antecedentemente alla novella del 1992, v. le riflessioni di E. ROPPO, *Fideiussione «omnibus»: valutazioni critiche e spunti propositivi*, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 1987, I, p. 137 ss. a p. 150 ss.

[37] P. RESCIGNO, *Il problema della validità delle fideiussioni c.d.'omnibus'*, cit., p. 1177. Aderisce a questa prospettiva G. TERRANOVA, *La fideiussione generale*, in ID., *Profili dell'attività bancaria*, Milano, 1989, p. 78 s.

modello fideiussorio codicistico e con la lettura frazionata del rapporto contrattuale individuale[38].

Il garante, si pensi ad un socio[39], a una società, a un'impresa interessata agli affari del soggetto finanziato, ha per comunanza la cosciente prefigurazione del rischio e dell'onerosità operazionale[40]. Al contempo, possiede interessi specialmente qualificati verso il finanziamento del terzo[41].

La dinamica d'impresa che affiora nella relazione reticolare atto-attività incide sulle garanzie personali del credito, lasciando emergere peculiarità soggettive e oggettive difficilmente compatibili con la logica dell'individuo proprietario che ha animato i contratti di garanzia personale presenti nel codice civile[42].

L'elemento della professionalità, la capacità di affrontare e sopportare rischi non isolati alle singole operazioni e la conseguente neutralità rispetto a situazioni contingenti non va a rappresentare un dato descrittivo e ininfluente quanto, vieppiù, agevola la rivendicazione di un impianto di garanzie personali del credito ispirato alle logiche d'impresa[43]. Il

---

[38]A. CALDERALE, *La Cassazione e la fideiussione omnibus: tutto quello che avreste voluto sapere sulla fideiussione omnibus e non avete mai osato chiedere*, in *Quadr.*, 1989, p. 574 ss.; F. BENATTI, *La deroga agli artt. 1956 e 1957 c.c.*, in A. MUNARI (a cura di), *Fideiussione* omnibus *e buona fede*, Milano, 1992, p. 105 ss.

[39]A. BARBA, *Obbligazione sociale e garanzia personale del socio illimitatamenteresponsabile*, in S. PAGLIANTINI, E. QUADRI, D. SINESIO (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, I, Milano, 2008, p. 109 ss.

[40]N. SALANITRO, *Fideiussione* omnibus *e impresa familiare*, in AA. VV., *Fideiussione omnibus. I rapporti bancari nel nuovo diritto di famiglia e problemi del diritto penale bancario*, Milano, 1978, p. 57; ID., *Le banche e i contratti bancari*, cit., p. 226.

[41] Considerazioni interessanti sono contenute in M. FRAGALI, *La fideiussione generale*, cit., p. 324, per cui «[…] la fideiussione non poggia sul vuoto: rafforzando l'aspettativa di buon fine delle obbligazioni che potranno rientrare nella garanzia, questa ha aperto, mantenuto o allargato la via di una corrente di affari, che ha un suo valore economico sotto il profilo dell'avviamento dell'impresa del debitore. Per parte sua, il fideiussore ha interesse alla costituzione di una base finanziaria all'attività di impresa di colui per il quale dà la garanzia, ed è per questo che la sua garanzia assume un connotato cosi generale». Nel lumeggiare le relazioni tra rilievo della personalità d'impresa del garante e *causa cavendi* in riferimento alla fideiussione *omnibus*, precisa L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, Padova, 1992, p. 181 s., che «[…] i rischi che la banca affronta accordando assistenza creditizia a tempo indeterminato ad un imprenditore commerciale, trovino adeguata tutela solo nell'obbligazione personale di quei soggetti che possono determinarne l'attività (e quindi aggravare il rischio) o che possono risultare i naturali beneficiari di azioni volte a sottrarre i beni del debitore alla garanzia generica […]». Per alcuni spunti, v. R. RASCIO, *La fideiussioneomnibus: premesse per la discussione del tema* e *Sulla fideiussione generale bancaria*, in ID., *Studi giuridici*, Napoli, 2011, rispettivamente p. 190 ss. e p. 271.

[42]G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 171;L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., p. 181 per cui «[…] proprio le qualità professionali di chi esercita un'impresa bancaria e la rete di relazioni che la collegano agli altri operatori del mercato finanziario vengono in considerazione nella scelta del soggetto che deve intervenire nell'affare, assumendo l'impegno di pagare le penali pattuite in contratto: trattandosi di soggetto che professionalmente assume impegni di tale natura e che, normalmente, risulta di gran lunga più solvibile del debitore principale, la garanzia appare per più versi preferibile rispetto ad altri strumenti di tutela del beneficiario».

[43] Sul rapporto tra professionalizzazione e nuove forme di garanzia del credito cfr. A. GALASSO, *Perché, come e quando la fideiussione omnibus è valida*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 29. Mutuando alcune riflessioni di D. LA ROCCA, *La qualità dei soggetti e i rapporti di credito*, cit., p. 38, potrebbe asserirsi che «[…] l'affermazione e l'evoluzione di vari tipi […] collegati all'esercizio di attività organizzate in forma d'impresa mostra con tutta evidenza come sia proprio la caratteristica soggettiva di una delle parti (la sua *qualità* di imprenditore) a porsi quale presupposto per l'autonomizzazione e il distacco di una serie di operazioni negoziali da tipi legali contigui […]». V., anche, C. BOTTA, *L'evoluzione del contratto autonomo di garanzia nei rapporti internazionali*, in AA. VV., *Problemi attuali di diritto privato. Studi in memoria di Nicola Di Prisco*, I, Torino, 2015, p. 92.

nesso tra garanzie del credito, ragioni dell'impresa e mercato appare assai stringente: un articolato e idoneo sistema di garanzie commerciali si riverbera sull'accesso delle imprese al finanziamento, svolgendo, di tal fatta, un irriducibile ruolo di rafforzamento delle imprese stesse[44].

Un sistema di garanzie, pertanto, risulterà compatibile con le finalità di fluida e stabile tutela del credito laddove non frustri, in nome del riferimento ai principi codificati, le esigenze e gli interessi che le imprese intendono soddisfare[45].

La capacità dell'impresa di creare nuove formule contrattuali, ai fini dell'edificazione di uno specifico statuto di garanzie del credito, consente di giustificare la teoria dell'autonomia d'impresa, idonea a giustificare un peculiare approccio circa le regole della causa del contratto[46].

Il valore costruttivo dell'autonomia d'impresa, però, non passa da una rottura del dato normativo o da uno sconvolgimento delle fonti[47]: il contratto esplicativo dell'attività d'impresa dovrà, pur sempre, misurarsi con il rispetto delle norme imperative e dell'utilità sociale, quindi con i valori di interesse generale[48].

In questo senso, possono osservarsi le diverse statuizioni giurisprudenziali che assoggettano il contratto autonomo di garanzia al rispetto della clausola *omnibus*–direttamente applicabile anche alle garanzie autonome in quanto espressione di un principio di ordine pubblico[49]–così impedendo che la fuga dal tipo fideiussorio sia un mezzo per eludere norme espressive di valori ordinamentali[50].

---

[44] Così, E. GABRIELLI, *Garanzie finanziarie, contratti d'impresa e operazione economica*, in ID., *"Operazione economica" e teoria del contratto. Studi,* Milano, 2013,p. 131. Recentemente, M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Assago-Padova, 2015, p. 226 ss., per cui «[…] la garanzia compensa un rischio creditizio […]: la garanzia "paga" (il rischio del)la concessione del credito […]».

[45] Sostiene F. ALCARO, *Il soggetto-banca e la fideiussione omnibus*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, p. 13, che, partendo dal tema della fideiussione omnibus (in questo scritto l'A. annota la sentenza Cass., Sez. III, 27 gennaio 1979, n. 615), può arguirsi «[…] il segno di un rinnovato interesse per la riscoperta, quantomento da un punto di vista metodologico, del canone soggettivo e del suo intrinseco significato, non di meno, statico, termine di riferimento, ma di fonte dell'organizzazione e della funzione e quindi di elemento prefigurante e condizionante lo svolgimento dell'attività».

[46] Così, G.B. PORTALE, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, cit., p. 16 ss.; ID., *Tra responsabilità della banca e «ricommercializzazione del diritto commerciale»*, cit., p. 148 ss. Contrari alla categorizzazione dell'autonomia d'impresa, A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 7 e G. OPPO, *I contratti di impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., p. 23.

[47] M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 32. Da questa prospettiva, però, con molte perplessità, cfr. V. FARINA, *Attività di impresa e profili rimediali nel* franchising, Napoli, 2011, p. 85 ss., per cui l'attività d'impresa esplicantesi nella contrattazione di impresa è legata ad una «[…] valutazione della meritevolezza che non potrà essere adottata scindendo "l'autonomia d'impresa" dall'"autonomia contrattuale"».

[48] Spiega G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 166, che, in riferimento al contratto d'impresa, l'interesse generale vada inteso «[…] non come esterno al contratto […] ma come componente della sua funzione e, diciamo pure, della sua causa». G.C.M. RIVOLTA, *Autonomia privata e strumenti per l'esercizio delle imprese minori*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 1291, sottolinea che «l'autonomia privata di fronte all'esercizio dell'impresa non può essere apprezzata di per sé come un valore, indipendentemente dalle modalità con cui si esplica e quindi dai suoi limiti. Si può dire, invece, che quell'autonomia – sia essa configurata o meno come autonomia d'impresa – è apprezzabile come un valore solo se si pone entro corretti limiti e si esplica nel rispetto di essi. Limiti che devono essere ragguagliati ai principi che ispirano l'ordinamento».

[49] Cass., Sez. III, 26 gennaio 2010, n. 1520, con nota di P. CORRIAS, *Garanzie personali atipiche e previsione dell'importo massimo garantito*, in *Bbtc*, 2010, II, p. 665 ss. e di M. ANGELONE, *Divieto di garanzie personali atipiche*

Trattasi, piuttosto, di favorire un'applicazione differenziata delle norme sul contratto: per cui, se l'impresa e l'individuo proprietario rispondono a due visioni e a due realtà fenomeniche distinte nel sistema di principi e valori ordinamentali e, quindi, portatori di interessi ad agire legittimamente diversi[51], altrettanto distinte debbono essere le valenze da attribuire al medesimo testo normativo a seconda, appunto, che debba applicarsi all'attività d'impresa o al singolo individuo[52].

3. Osservare il contratto autonomo di garanzia nei suoi aspetti strutturali e funzionali può apparire assai articolato, stante la molteplicità di figure che si radunano attorno a tale prototipo negoziale (*bid bond*, *performance bond*, *maintenance bond*, *advance paymentguarantee, rentention money bond*)[53]. Può, però, considerarsi che, nel lungo andare che ha accompagnato il dibattito italiano, a partire dagli anni '70, le riflessioni sistematiche e ricostruttive in materia di contratto autonomo di garanzia hanno diffusamente impegnato dottrina e giurisprudenza e si sono soprattutto appuntate su tre profili: *i*) circa la compatibilità con il sistema civilistico italiano di conio causalista e, pertanto, repulsivo, salvo deroghe legali, di atti astratti; *ii*) circa

---

«omnibus»: *l'applicabilità diretta al* patronage *del limite di importo massimo garantito* ex *art. 1938 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1249 ss.; App. Bari, 6 ottobre 2014, con nota di M. ROBLES, *La fideiussione c.d.* omnibus *secondo l'ordine pubblico "economico" di Bruxelles*, in *Giur. it.*, 2015, p. 814 ss., di A. CALDERALE, *L'esecutività in Italia della sentenza straniera di condanna del fideiussoreomnibus*, ivi, 2016, p. 1881 ss. e di G. SALITO, *Garanzie personali e ordine pubblico*, in *Corti sal.*, 2016, p. 227 ss.

[50]G. PERLINGIERI, *Garanzie atipiche e rapporti commerciali*, in M. GRANIERI, T. M. UBERTAZZI (a cura di), *Le garanzie speciali nei rapporti commerciali*, Bologna, 2017, p. 16 ss. V., inoltre, le considerazioni critiche di A. MONTANARI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in F. PIRAINO, S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, 2016, p. 402 ss.

[51] Secondo P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 269 ss., una definizione stipulativa di interesse può essere declinata nella ragione per agire, risultata dal procedimento di qualificazione giuridica. L'A. spiega che «[…] la ragione giuridica dell'azione in un sistema costituzionale, come il nostro, fondato sul pluralismo […] non rimuove ma comprende […] le ragioni individuali e il loro riferimento di valore» (p. 273).

[52] Cfr. A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 528 ss., ove precisa, però, che sia la prospettiva riguardante la riflessione sulla disciplina del contratto in generale, sia quella che considera le peculiarità dei contratti d'impresa convergono «[…] nel valorizzare e accreditare forme di *typengereche Auslegung*: l'interpretazione orientata al tipo consente, infatti, di utilizzare, quale criterio selettivo nell'applicazione delle norme, il modello socio-economico che il legislatore ha visualizzato quale antecedente della disciplina storica. Il che concretamente significa autorizzare l'interprete a disapplicare quelle norme, suppletive ma anche *imperative*, tutte le volte che l'assetto d'interessi che reclama una disciplina presenti caratteristiche diverse e incoerenti con il tipo normativo considerato dal legislatore storico». Precisa M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., p. 40 che «la differenza normativa del diritto delle imprese e dei mercati, rispetto al diritto degli individui proprietari, dev'essere accettata come un carattere fondamentale del diritto contemporaneo; la differenza del referente socioeconomico dev'essere sempre tenuta presente nell'interpretazione delle norme che si riferiscono a figure generali come a costruzioni dogmatiche». Recentemente, v. L. NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 988 ss., nt. 18.

[53] Per una ricostruzione delle varie figure contrattuali più frequenti nella prassi, modellate sullo schema delle garanzie autonome, cfr. F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 141 ss.; S. MONTICELLI, *Le garanzie autonome*, in ID., L. RUGGERI, *Garanzie personali*, in *Tratt. CNN*, Napoli, 2005, p. 203 ss.; A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 319 ss.; M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, cit., p. 107 ss.; F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 145 ss.; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 433 ss. Recentemente, G.B. BARILLÀ, *Performance bond tra contrattazione d'impresa e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in M. GRANIERI, T.M. UBERTAZZI (a cura di), *Le garanzie speciali nei rapporti commerciali*, cit., p. 117 ss.

la compatibilità della confisca al garante di sollevare eccezioni, stante anche quanto divisato dall'art. 1460 c.c.; *iii*) sulla riconducibilità al tipo fideiussorio, e in alternativa, sulla meritevolezza degli interessi trasfusi nel meccanismo contrattuale atipico[54].

Al fine di evidenziare il rapporto tra requisito causale e teoria dell'autonomia d'impresa, è opportuno muovere dal contratto autonomo come ordine impartito al garante – sovente nelle vesti di un istituto creditizio o assicurativo – di assumere una garanzia nei riguardi del beneficiario e di assicurarne un pronto e indifferibile soddisfacimento[55].

La garanzia autonoma è connotata dall'indipendenza e dall'ininfluenza verso l'obbligazione principale garantita[56]. Diversi i problemi che attengono al fondamento causale, al rinvenimento della ragione giustificativa: ovvero, se essa debba essere ricercata all'interno del regolamento contrattuale oppure esternamente ossia, ancora, all'interno di un più vasto contesto operazionale in cui il contratto di garanzia si esplica[57]. Più precisamente, forti dell'ellissi con la disciplina del credito documentario irrevocabile, si è osservato come al sistema civilistico non fosse estranea la situazione in cui la giustificazione dello spostamento patrimoniale dovesse ricercarsi esternamente rispetto al singolo negozio[58]. Il contratto autonomo di garanzia sarebbe causalmente compatibile in virtù dell'enunciazione all'interno del contratto della funzione economica dell'attribuzione, pur rimanendo il rinvenimento del fondamento della prestazione al suo esterno[59].

Al contempo, non può negarsi una caratterizzante connotazione astratta, quale indipendenza della validità dell'attribuzione dai vizi della sua funzione economica[60].

---

[54]In giurisprudenza notevole importanza riveste la pronuncia resa da Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947. Tra le tante annotazioni, v. M. LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2010, p. 453 ss.; G.B. BARILLÀ, *Le Sezioni unite e* il *Garantievertragun quarto di secolo dopo: una pronuncia «storica» fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome*, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 2010, II, p. 279 ss.; F. NAPPI, *Un tentativo (non convincente) di «definitivamente chiarire» la differenza tra fideiussione e Garantievertrag*, ivi, II, p. 425 ss.

[55]G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., p. 1045 ss.; ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 169 ss. a p. 175; ID., *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 30 ss. p. 43. V., anche, M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 339 s.

[56]G.B. PORTALE, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 30. V. l'approfondita ricerca critica di F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, Napoli, 1992, p. 53 ss., p. 67 ss., p. 85 ss., p. 128 ss.

[57]P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, p. 441 ss.

[58] G.B. PORTALE, *Fideiussione* e *Garantievertrag nella prassi bancaria,* cit., p. 1063 ss.; ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 170 ss.

[59] Ricca di spunti è la monografia di M. MARTINO, *L'*expressio causae. *Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, 2011, spec. p. 201 ss. a p. 206, nt. 27, per cui il contratto autonomo di garanzia «[…] non è allora – e non potrebbe essere – privo di causa né nel senso di essere privo di uno scopo pratico giuridicamente rilevante, né nel senso di dar luogo a spostamenti patrimoniali totalmente astratti da un *Grund*; ciò che lo caratterizza è piuttosto un modo peculiare di regolamentazione delle questioni che il concetto di causa riassume: proponibilità o improponibilità di eccezioni relative al rapporto di valuta nell'ambito del rapporto garante/beneficiario; riequilibrio degli spostamenti patrimoniali ingiustificati». *Contra* la prospettiva elusiva della causa esterna e dell'*expressio causae* si schiera E. NAVARRETTA*, Il contratto autonomo di garnzia*, cit., p. 559 ss. a p. 561 ss., la quale invita a considerare il problema causale attraverso la prospettiva rimediale; v. anche, F. ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, cit., spec. pp. 98-103 ss.

[60] Questa configurazione dell'astrattezza è elaborata da P. SPADA, Cautio quae indiscrete loquitur: *lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 719. Precisa A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989, p. 86 ss. che «[…] la promessa del garante non è a termine o parte di un contratto causale, del tipo fideiussione, ma attribuzione obbligatoria e solo *causalmente* condizionata, ma nella permanenza (e non già nella insorgenza) dei suoi effetti, dalla esistenza del debito garantito». *Contra*, P. TARTAGLIA, I *ne-*

L'astrazione, però, in caso di ingiustificata escussione del garante, non genera una situazione irrimediabile: anzi, viene fatta salva l'esposizione del creditore all'esperimento di un'azione recuperatoria dell'indebito da parte del debitore[61].

Tale ricostruzione consentirebbe di considerare il contratto autonomo di garanzia nella sua manifestazione globale, impedendo che la conformazione alla regola causalista possa snaturare l'essenza autonoma della garanzia risolvendosi in un rapporto fideiussorio[62].

Tenendo in debito riguardo i profili funzionali e il contesto operativo in cui il contratto autonomo di garanzia si innesta, ovvero quello del mercato e delle imprese, coglie nel segno l'osservazione di chi ha conferito all'astrazione il ruolo di causa stessa del contratto[63]. All'obbligazione del garante di adempiere a richiesta fatta e senza eccezioni si è estesa una valutazione non solo in termini squisitamente effettuali ma, vieppiù, causalmente determinativa[64].

Ancora differentemente, si è predicato che il referente causale del contratto autonomo di garanzia vada rinvenuto internamente[65]. Esso sarebbe identificabile, quindi, *nella causa cavendi* (ovvero nel rafforzare la sicurezza del credito e garantire un risultato considerato nella sua materialità e vantaggioso per il creditore[66]).

---

gozi atipici di garanzia personale, cit., p. 125 ss., per cui trattasi di «[…] soluzione, sotto il profilo logico, contraddittoria, non potendo essere uno stesso schema essere ad un tempo causale ed astratto».

[61]G. B. PORTALE, *Fideiussione e* Garantievertrag *nella prassi bancaria,* cit., p. 1063 ss. Per G.B. BARILLÀ*,* Contratto autonomo di garanzia *e* Garantievertrag*. Categorie civilistiche e prassi del commercio*, Frankfurt am Main, 2005, p. 30, «[…] in un ordinamento causalista come quello italiano, l'astrazione causale non signific(a) ammissibilità della mancanza di causa, ma solo possibilità di dare rilievo al difetto della stessa in un momento successivo a quello dell'attuazione del rapporto». Diversamente, v. F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, cit., p. 78 ss. Su questo tema, da ultimo, v. C. ABATANGELO, *Dalla delegazione promissoria al contratto autonomo di garanzia: il problema delle restituzioni*, in AA. VV., Liber amicorum *Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, I, Napoli, 2018, p. 1 ss.

[62]G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 171, spiega che «[…] se una banca assuma, a favore di un proprio cliente, una garanzia "senza eccezioni ed a prima richiesta" a beneficio di un terzo contraente, non si dubiterà dell'utilità economica della "purezza" dell'impegno, consistente nel consolidamento dell'immagine internazionale della banca concedente e nella certezza di "rientrare" del pagamento effettuato senza il rischio di coinvolgimento in dispute sostanziali tra cliente o beneficiario». Prosegue l'A. che l'assunzione dell'impegno nell'operazione complessiva «[…] non per questo assurgerà a "causa" in senso giuridico-strutturale dell'impegno, poiché ciò è quanto le parti intendono massimamente evitare: è proprio la "purezza" dell'impegno, infatti, a renderlo capace di servire, all'interno dell'operazione, lo scopo perseguito; resolo "causale", se ne spunterebbe l'efficacia, in quanto ne verrebbe sacrificata la *ratio* economica e, in definitiva, l'utilità giuridica». *Contra*, E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 561, per cui «l'applicazione della causa, dunque, non può in alcun modo far temere un ritorno all'accessorietà, ma tutt'al più evidenzia una minima limitazione nel concetto di autonomia […]». Rilievi dubitativi sono esposti anche da P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 450 ss. e da F. CAPPAI, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 143 ss.

[63]V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, p. 378 s.; M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, cit., p. 128 ss. Diversamente, A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 97 ss.

[64]V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 378 ss., precisa che nel contratto autonomo di garanzia «[…] l'astrazione che ricorre qui è, paradossalmente, essa stessa causa del contratto: infatti la ragione giustificativa di questo è proprio dare al creditore una garanzia particolarmente forte e sicura, insensibile alle eccezioni ordinariamente capaci di bloccare una normale garanzia fideiussoria».

[65] Cfr. L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., p. 179.

[66]F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 354. Per l'A. l'*expressio causae* «[…] non varrebbe a trasformare in causale un negozio, che l'ordinamento prevedesse come astratto, né basterebbe ad elevare il finali-

Il riferimento alla causa esterna, alla dinamica dell'astrazione, non coincide, come si è provato a delineare, con lo sdoganamento di un negozio privo di ogni forma di controllo causale. Trattasi, invero, di una tecnica idonea a enucleare i nessi legittimanti e riassumere il senso dell'operazione. Ancora, consente di analizzare come la limitazione dell'efficacia della situazione giuridica originaria intercorrente tra debitore e creditore risulti indispensabile per il funzionamento della garanzia autonoma.

Ma qualora dovessero permanere dubbi sulla compatibilità ordinamentale di un congegno negoziale così strutturato potrebbe la teoria dell'autonomia d'impresa fornire una diversa metodologia interpretativa della colorazione causale. Non si tratta solamente di compensare eventuali guasti causati all'erosione dell'efficacia protettiva del principio causalistico di scambio in forza dei benefici che deriverebbero dall'aumento del finanziamento bancario e parabancario[67]. L'operatività del contratto autonomo di garanzia, quale contratto d'impresa all'interno del mercato, sospinge per una valutazione causale traslata dal piano dell'atto al piano dell'attività, consentendo l'emergere delle ragioni dell'impresa e delle posizioni contrattuali coinvolte[68].

Il contratto autonomo di garanzia risulterebbe essere un frammento all'interno di una più espansa attività: ciò sottenderebbe la necessità di ripensare le regole della causa tenendo conto dell'orizzonte dell'operazione economica complessiva[69]. Il controllo causale deve tenere in considerazione la scansione degli interessi che si obiettiva e traspare dalle maglie dell'operazione contrattuale[70]. Uno scrutinio che superi le rigidità derivanti dall'intendere la

---

smo delle parti al rago di causa; non serve, infatti, per affermare la natura causale del contratto, semplicemente richiamarsi all'autonomia privata, creatrice dei tipi contrattuali. È invece, indispensabile, a tal fine, cercare la risposta dell'ordinamento, verificare, cioè, se lo scopo voluto dalle parti costituisca una funzione pratica in esso inquadrabile e da esso positivamente apprezzabile».

[67] F. GUERRERA, *Contratto e mercato*, in *Quad. giur. impr.*, 1990, p. 28.

[68] Cfr. E. MOSCATI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in AA. VV., *Studi per Franco Di Sabato*, I, *Diritto dell'economia*, Napoli, 2009, p. 495; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. Roppo*, II, *Regolamento*, Milano, 2006, spec. p. 131 ss.

[69] V. il recente studio di D. FARACE, *Appunti sugli elementi costitutivi di un'operazione economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, p. 597 ss. a p. 617 ss. Spiega A. MAZZONI, *Contratti di garanzia e normativa valutaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 1986, I, p. 617 che «[…] il fondamento dell'attribuzione va ricercato […] nel quadro di una vicenda più ampia e complessa di cui l'obbligazione di garanzia costituisce soltanto una parte o "frammento". È dunque il contesto in cui l'obbligo si colloca, anziché il contenuto del rapporto, a svelarne il supporto causale e, quindi, a consentire il controllo della causa sotto il profilo della sua sufficienza, liceità e meritevolezza». Per L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 45 «[…] l'autonomia d'impresa, nel valorizzare l'attività negoziale dell'imprenditore, avrebbe un ruolo infungibile sia per gli atti astratti, siano essi contratti o atti unilaterali, sia per i negozi causali atipici, dei quali configurerebbe la struttura ed i limiti di operatività». In tema, M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa,* cit., spec. p. 52.

[70] In generale, cfr. lo studio di C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 217 ss. a p. 237 ss., ove si precisa che «[…] è innegabile che proprio la suaccennata moderna linea evolutiva dimostra che, ove si intende ricercare l'interesse alla base del compimento dell'atto d'autonomia, deve concentrarsi l'indagine sulla causa, in quanto è proprio quest'ultima a racchiudere in sé, fra i molteplici interessi astrattamente ipotizzabili, quello che ha acquisito concreta e specifica consistenza. Ecco perché, nell'indicata più consapevole prospettiva l'analisi degli interessi di cui il negozio è portatore, non può non sfociare in quella della causa; con la conseguenza che estremamente discutibile, se non addirittura dannoso, e certamente infecondo apparirebbe, in questa sede, continuare a riconoscere agli interessi penetrati nell'atto d'autoregolamento, una posizione autonoma distinta da quella della causa».

causa quale funzione economico sociale e sia idoneo a evidenziare lo specifico assetto di interessi trasfuso[71].

Da ciò può anche arguirsi che il rischio di spostamenti patrimoniali ingiustificati e di attribuzioni economiche prive di fondamento possa non essere del tutto espunto se operino esclusivamente soggetti comuni. Ciò consente di tracciare un ideale parallelismo, con quanto ritenuto in tema di diritto cartolare, ove l'autonomia d'impresa è stata elevata a strumento necessitato per la creazione di titoli atipici ma pur sempre soggetta al principio del controllo causale: ne è disceso che un nuovo titolo di credito possa essere ammesso solo se strumento immediato o mediato dell'attività di impresa[72].

L'incedere e l'insistere del soggetto-impresa, quindi la connessione oggettiva tra garanzia autonoma ed esercizio di un'attività d'impresa, condurrebbe ad una diversa valutazione del causalismo[73].

---

[71] In Cass., Sez. Un, 18 febbraio 2010, n. 3947, cit. può leggersi che "va inoltre considerato che […] appaia oggi predicabile una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che la configurava come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato)". Per alcuni riferimenti, cfr. V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 958; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, ivi, 2014, p. 267. Per più complessi rilievi critici, v. M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., *passim*.

[72] M. LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito,* cit., p. 316; ID., *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, in *Jus*, 2009, p. 286. Precisa, però, A. PAVONE LA ROSA, *Titoli "atipici" e libertà d'emissione nell'ambito delle strutture organizzative della grande impresa*, in *Riv. soc.*, 1982, pp. 705-719, che «l'esercizio di un'attività commerciale non può da solo legittimare l'impiego di un qualsiasi (nuovo) strumento cartolare, anche se utile a favorire una sua migliore esplicazione od un'economia di costi. Quel che non è consentito al privato non può essere consentito all'imprenditore commerciale come tale. L'introduzione di nuove figure di titoli di credito individuali, nei ristrettissimi margini segnati dall'ordinamento giuridico (e, tra l'altro, chiaramente desumibili dalle leggi "cambiarie"), potrà dirsi giustificata solo ove concorrano esigenze *obiettive* del particolare settore di attività; e solo dalla disciplina del settore (industria, trasporti, attività bancaria, ecc.) sarà possibile trarre indicazioni utili per una eventuale recezione ed inquadramento delle nuove figure cartolari». V. i rilievi di F. MARTORANO, *Lineamenti generali dei titoli di credito e dei titoli cambiari*, Napoli, 1979, p. 50 ss. a p. 64 ss., p. 72 ss.; A. STAGNO D'ALCONTRES, *Tipicità e atipicità nei titoli di credito*, Milano, 1992, p. 6 ss., p. 31 ss. a p. 54. Cfr., altresì, le considerazioni di L. MENGONI, *Il trasferimento dei titoli di credito nella teoria dei negozi traslativi con causa esterna*, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 1975, I, p. 385 ss.

[73] A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, cit., p. 85, dopo aver parlato di distacco e di abbandono del causalismo contrattuale generato dal moderno *trend* delle forme di garanzia, in riferimento al contratto autonomo di garanzia rileva che l'obbligazione del garante è «[…] contrassegnata da relativa "astrattezza", se per astrattezza si intende *il vigore* dell'obbligazione a prescindere da elementi o circostanze ad essa "esterni" […]». Per G. GRISI,*Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 41, non può revocarsi in dubbio che «la prestazione "astratta" sia da considerare una tessera di un più ampio mosaico (variamente articolato) di rapporti che, nelle loro reciproche implicazioni, descrivono i tratti della complessiva operazione entro cui l'operazione è collocata e, nel contempo, rendono percepibile l'obiettivo che, con essa, le parti si sono prefisse di conseguire; è, altresì, chiaro che detta prestazione è voluta con la sua natura astratta e con i profili di (più o meno) spiccata "autonomia" che ne caratterizzano la struttura e la disciplina, in quanto funzionale alla realizzazione del risultato desiderato e parimenti assodato che a questa sua "neutralità" (rispetto alle vicende che possano interessare l'operazione sottostante) le parti assegnano un valore a tal punto essenziale da rendere la prestazione medesima, ove non contrassegnata da quei caratteri, del tutto inutile, perché non più idonea ad assolvere quella funzione strumentale rispetto al risultato da raggiungere che ne costituisce, in buona sostanza, l'intima ragion d'essere». Cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 477 ss.

Per il tramite dell'autonomia d'impresa si offre un metodo che supporti un'argomentazione sistematica volta a validare contratti astratti e negozi causali atipici che nascono e si affermano nei rispettivi mercati d'azione delle imprese.

4. Analizzare le garanzie personali d'impresa attraverso la prospettiva francese può apparire complesso. Balza all'occhio come ci si muova attraverso diverse articolazioni normative e, come, al contempo ci si debba confrontare con una specializzazione del diritto delle garanzie personali[74]. Non da ultimo, viene solleticato lo scrutinio dei rapporti tra autonomia contrattuale e consacrazione legislativa (denotandosi così una difficile compenetrazione dell'autonomia d'impresa, secondo la declinazione italiana, nelle maglie del quadro teorico-normativo di riferimento francese). Modulando la riflessione a partire dalla prima considerazione critica, giova rilevare che il dualismo *code civil-code de commerce* conferisce, tuttora, al negozio fideiussorio una doppiezza apprezzabile soprattutto in chiave funzionale.

Al contempo, occorre tenere a mente che l'unica definizione di fideiussione si rinviene all'art. 2288 del *code civil*, salvo deroghe ed accenni contenuti nel *code de la consommation*, e considerato, anche, che il *code de commerce* disciplina solo l'avallo (art. L. 511-21)[75].

Ne discende che la fideiussione riveste solamente carattere civile, anche quantunque il debito garantito abbia carattere commerciale e i contraenti originari rivestono la qualità di commercianti, e che essa possa divenire commerciale solo eccezionalmente[76]. Le situazioni affermanti la commercialità della fideiussione sono sottratte alla disponibilità delle parti, le quali compirebbero un abuso giuridico nel voler reclamare il carattere di commercialità in difetto di compatibilità legale, e sogliono essere circoscritte a quattro ipotesi[77].

La prima è connessa all'elemento formale: da qui se ne inferisce l'appartenenza dell'avallo, quale fideiussione di un impegno cambiario, e della fideiussione sottoscritta da società commerciali.

Il secondo momento di commercialità della fideiussione è legato alla natura del contratto medesimo. Si pensi alla previsione legale contenuta all'art. L. 313-1 del *code monétaire et financier* che divisa quali *operations de crédit* le fideiussioni, derivandone da ciò l'immediata ascrizione nel novero dei contratti aventi natura commerciale delle fideiussioni bancarie. Ancora, la fideiussione assume la connotazione commerciale ogni qualvolta essa sia resa da un commerciante a favore di un altro commerciante con l'intento di favorire ed agevolare la sua attività commerciale, inserendosi pertanto in un atto di commercio[78]. Tale profilo, però,

---

[74]M. BOURASSIN, *La spécialisation du droit dessûretés personnelles, «entre droit commercial et protection des consommateurs»,* cit. E per una recente rassegna PH. DUPICHOT, *Le nouveau droit français des sûretés: bréviaire à l'attention du juriste étranger*, in AA. VV., *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, 2013, p. 277 ss.

[75] In tema, *ex multis*, A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretes personnelles,* cit., p. 130 ss.; PH. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, Paris, 2015, p. 104 ss.; S. PIEDELIÈVRE, *Droit des sûretés*, Paris, 2015, p. 37 ss.

[76] Già, R. SAVATIER, *Cautionnement*, in *Traité Planiol-Ripert*, XI, *Contrats civils*, Paris, 1954, p. 966 ss. Ora, A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretes personnelles,* cit., p. 130, precisano che «*le cautionnement est par nature un contrat civil: ce caractère, qui n'est pas de son essence, découle de ce qu'il est en principe un contrat de bienfaisance, ce qui n'est guère compatible avec l'exercice du commerce*».

[77] Uno studio approfondito sul tema appare essere quello di D. LEGEAIS, *De la distinction dessûretes civiles et commerciales,* in AA. VV. *Études de Droit privé. Mélanges offerts à Paul Didier,* Paris, 2008, p. 237 ss.

[78]S. PIEDELIÈVRE, *Droit des sûretés*, cit., p. 37 ss.; A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretes personnelles*, cit., p. 132, precisano che *«[…] il convient, afin que le cautionnement soit soumis aux règles du droit commercial, non seulement que*

non conosce una piena copertura pretoria oltre a dischiudere incertezze ed inconvenienti applicativi[79].

La quarta situazione legittimante la subordinazione della fideiussione al *code de commerce* origina e si afferma, invece, proprio in seno alla giurisprudenza che, pur mutando un primo momento di chiusura e rigore, ha rinvenuto delle ipotesi di fideiussione commerciale tramite la formula dell'*intérêt personnel d'ordre patrimonial*[80].

Tramite il prisma dell'interesse personale, patrimonialmente contraddistinto, la giurisprudenza ha inteso assegnare alla fideiussione una connotazione marcatamente commerciale per l'irruzione all'interno della dinamica di garanzia di un interesse retrostante, immediato o mediato, l'operazione principale. Questo criterio, prevalentemente utilizzato per conferire commercialità alle fideiussioni sottoscritte dai dirigenti o dai soci di maggioranza, proprio per i debiti contratti dalle società medesime, è esposto a rischi di arbitrarietà ogni qualvolta – e non infrequentemente – l'interesse personale-patrimoniale, il cui onere dimostrativo grava sul creditore, incontra nel fideiussore la figura di un socio minoritario o di una persona emotivamente legata al debitore[81].

Tutto ciò considerato, e in un'ottica funzionale ai rapporti di garanzia in cui sono coinvolte le istanze d'impresa, appare opportuno rintracciare le peculiarità di siffatta strutturazione e di come possa essere interpretato questo peculiare statuto delle garanzie personali.

In primis, la competenza per la risoluzione di controversie concernenti fideiussioni commerciali spetta alla giurisdizione commerciale; il regime relazionale lascia presumere la solidarietà, con derubricazione del beneficio dell'escussione preventiva e della divisione; il termine di prescrizione per l'esercizio dei diritti sarebbe quinquennale; la libertà di forma quale precipitato del diritto commerciale dovrebbe reputarsi salva.

Il quadro lascerebbe trasparire, quindi, diverse venature acconce alle esigenze proprie della contrattazione d'impresa. Questi dati non vanno, però, assolutizzati; anzi, vi è di più. La dicotomia tra fideiussione civile e commerciale è stata più volte mitigata ed erosa da disposizioni protezionistiche contenute nel *code de la consommation* che ne hanno limitato, sensibilmente, la ragione del distinguo, comportando, di conseguenza, l'assottigliamento delle prerogative d'impresa[82]. Basti pensare alle disposizioni contenute agli artt. L 331-1 a 331-3 con cui vengono apprestate differenti guarentigie concernenti la persona fisica, commerciante o meno, che garantisca un credito nei riguardi di un creditore professionista: riemerge l'obbligo di forma scritta *ad validitatem*, di espressa e preliminare rinuncia ad avvalersi del

---

la dette principale soit de nature commerciale, mais encore que le créancier et la caution soient commerçants et que l'opération soit conclue dans l'exercice ou pour l'intérêt du commerce de cette dernière. Le caractère commercial du cautionnement n'a évidemment pas pour conséquence, à lui seul, de conférer la qualité de commerçant à la caution».

[79] PH. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, cit., spec. p. 112. Y. PICOD, *Droit des sûretés*, cit., p. 58 precisa che questa teoria dottrinaria *«[…] empruntée au gage trouve malheureusement peu d'écho dans la jurisprudence qui fait prevaloir l'idée selon laquelle le cautionnement est un acte civil par nature».*

[80] Cass. Com., 21 gennaio 1980.

[81] Y. PICOD, *Droit des sûretés*, cit., p. 59; A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretes personnelles,* cit., p. 131 ss., p. 910 ss.

[82] Y. PICOD, *Droit des sûretés*, cit., p. 60. Importanti considerazioni, corredate da una ampia bibliografia cui si rinvia, sono presenti in F. MASTROPAOLO, A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, V, *I contratti di garanzia*, I, Torino, 2007, pp. 500-507, p. 512 ss. Sul rapporto tra istanze consumeristiche e d'impresa cfr. M. BOURASSIN, *La spécialisation du droit dessûretés personnelles, «entre droit commercial et protection des consommateurs»,* cit., p. 435 ss.

beneficio di escussione, di invalidità della fideiussione assunta senza predeterminazione del debito globale garantito.

Quanto brevemente tratteggiato induce a riflettere se le garanzie personali d'impresa trovino, quindi, una coerente sistematizzazione all'interno del *code de commerce*. La distinzione con la fideiussione civile appare sfocata, debilitata dall'impetuoso incedere della tutela consumeristica che ha falcidiato i connotati distinguenti d'un tempo, quali il lasco formalismo, la scarsa protezione offerta al garante, una marcata efficacia in chiave funzionale e di rafforzamento del credito.

I confini della distinzione appaiono sempre più labili, così da mettere in discussione l'utilità stessa del dualismo e del *code de commerce* come sede maggiormente idonea a recepire e proteggere le garanzie personali d'impresa[83]. La fideiussione commerciale risulta svuotata di senso, deprivata di un nucleo forte, aggregativo delle ragioni di impresa.

Il problema, in realtà, appare più esteso e si riflette sulla tenuta e sulla compatibilità del negozio fideiussorio, informato al criterio angusto della accessorietà, con le istanze d'impresa, ispirate al progressivo rafforzamento del credito, alla celerità e deformalizzazione dei meccanismi costitutivi di garanzia e all'autonomia dell'impegno[84].

Se il *code de commerce* offre risposte insoddisfacenti alla sistematizzazione giuridica delle garanzie personali d'impresa, dall'altra sponda il *code civil,* per mezzo dell'*Ordonnance* 2006-346 del 23 marzo 2006, ha consacrato nel testo ultrabicentenario forme di garanzie personali discendenti dalla prassi d'impresa, quali il contratto autonomo di garanzia e le lettere di patronage[85]. Ciò conduce a domandarci se si assiste ad un tentativo di assestamento nell'alveo di categorie ordinanti delle garanzie personali d'impresa, ricucendo le distanze tra il vigore della prassi e dell'autonomia dei privati e la regola positiva[86]; ovvero se l'autonomia contrattuale d'impresa possa ancora contendere al diritto positivo degli spazi di affermazione e di propagazione, coincidenti con le istanze *bancarisation* e *professionalisation*[87].

---

[83]D. LEGEAIS, *De la distinction dessûretes civiles et commerciales*, cit., p. 242 ss. a p. 244 ss.

[84]*Amplius*, Y. PICOD, *Droit des sûretés*, cit., p. 35, precisa che «*a l'heure actuelle, le cautionnement, tel qu'il résulte des textes du Code civil, dit cautionnement simple, ne fonctionne donc que là ù le cautionnement est légal ou judiciaire; il a, de la sorte, perdu la majeure partie de son intérêt pratique*».

[85]A. PRÜM, *La consécration légale des garanties autonomes*, in AA. VV., *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris, 2006, p. 409 ss. Per qualche notazione italiana, cfr. G.B. BARILLÀ, *IlGarantievertragda prassi a legge: il caso francese*, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 2007, I, p. 217 ss.; F. BRIOLINI, *La riforma del diritto delle garanzie in Francia*, ivi, 2007, I, p. 226.

[86] V. le osservazioni critiche di D. LEGEAIS, *De la distinction dessûretes civiles et commerciales*, cit., p. 237 ss. Anche se precedentemente alla riforma del 2006, e limitatamente alle garanzie reali, A. CANDIAN,*Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, cit., p. 189 ss., lamentava che il tema delle garanzie nel *Code civil* fosse trattato in modo insoddisfacente, essendo ciò percepibile anche dalla collocazione topografica delle norme. Per un quadro molto dettagliato, anch'esso cronologicamente anteriore alla riforma del 2006, v. PH. SIMLER, *Codifier ou recodifier le droit des sûretes personnelles?*, in AA. VV., *Le Code civil. Livre du Bicentenaire*, Paris, 2004, p. 373 ss. a p. 395 ss., per cui il contratto di fideiussione avrebbe dovuto rimanere l'unica garanzia positivizzata, in modo da rimanere, in termini di politica del diritto, la garanzia personale di diritto comune nell'ordinamento interno. Parallelamente, l'A. appariva contrario all'introduzione codicistica del contratto autonomo di garanzia poiché ne avrebbe minato l'efficacia e ristretto gli spazi operativi, quelli che ne avevano decretato la natura eccezionale (da intendersi in chiave di rapporto sistematico) rispetto alla fideiussione.

[87] Così, Y. PICOD, *Droit des sûretés*, cit., p. 35; A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretes personnelles,* cit., p. 865 ss. In tema, seppur datato, v. C. MOULY, *Pour la liberté des garanties personnelles*, in *Banque*, 1987, p. 1166 ss. V., anche, lo studio monografico di J.-P. WATTIEZ, *Le cautionnement bancaire. Le role des banques et des etablissements financiers*, Paris, 1964.

4.1. La complessiva inadeguatezza delle regole attorno alla fideiussione e il dogma dell'accessorietà hanno spinto le imprese a rinvenire soluzioni operative ispirate a maggiore fluidità e sicurezza, soprattutto reclamate nel comparto degli affari transnazionali[88]. Il contratto autonomo di garanzia, anche nel diritto francese, merita di essere letto, quindi, come esempio della libertà contrattuale protesa all'individuazione di nuove forme di garanzia, affrancate una regolamentazione stringente che risulta inconciliabile con l'esigenza di irrobustimento della sicurezza del credito[89].

Esso aveva conosciuto un riconoscimento giurisprudenziale già a partire dagli anni '80[90]. Anche in dottrina emergeva che l'assetto negoziale, imperniato sul superamento dell'accessorietà e sull'autonomia dell'impegno assunto dal garante rispetto al contratto originario (con conseguente riduzione di eccezioni opponibili), non alimentasse criticità in tema di causa del contratto[91]. Vieppiù, si riconosceva al contratto autonomo una squisita finalità di rafforzamento della garanzia del credito, non animata da scopi elusivi di disposizioni legali in materia di fideiussione[92].

Il progressivo riconoscimento di questa forma contrattuale è stato esaltato dalla consacrazione legislativa del 2006, attraverso la copertura riconosciuta dall'art. 2321 del *code civil*. Dal tenore normativo possono ricavarsi diverse indicazioni rispetto alla logica contrattuale d'impresa. Il legislatore, con formula incisiva ma non limitativa, ha identificato la garanzia autonoma come "*l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues*"[93].

---

[88] Cfr. P. ANCEL, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, cit., p. 10 ss. V. M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français. À la recherce d'une légitimité*, in AA. VV., *Aspects actuels du droit commercial français. Études dédiées à René ROBLOT,* Paris, 1984, p. 421 ss. a p. 431. Sottolinea questi aspetti, A. PRÜM, *La consécration légale des garanties autonomes*, cit., p. 409 s.

[89] M. VASSEUR, voce *Garantie indepéndante*, in *Enc. Dalloz-Rep. dr. comm.*, III, Paris, 1984, n. 56; P. CROCQ, *L'évolution des garanties du paiement: de la divérsité a l'unité*, in AA. VV., *Mélanges Christian Mouly*, Paris, 1998, p. 317 ss.

[90] Cass., 20 dicembre 1982. Cfr. M. VASSEUR, *La jurisprudencefrançaise relative aux garanties indépendantes,* in *Dir. comm. int.*, 1994, p. 47 ss.

[91] Un'approfondita trattazione si rinviene in J.-L. RIVES-LANGE, *Les engagements abstraits pris par les banquiers. Rapport français*, in *Travaux Capitant*, XXXV, Paris, 1986, p. 301 ss. a p. 303, per cui «pour donner plus de sécurité au créancier et plus de force contraignante à l'engagement du banquier, pour éluder le contrôle du juge … *il faut rompre le lien causal qui unit l'engagement du banquier aux rapports de drit dont il est l'aboutissement, la garantie ou le mode d'exécution*». Per un approfondimento sul tema della causa nel contratto autonomo di garanzia cfr. la ricca analisi di PH. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, cit., p. 1005 ss.

[92] L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretes personnelles. La publicité foncière,* cit., p. 153 ss. a p. 155, ove spiegano che *«[…] dans les relations d'affaires, spécialement internationales, la garanties se greffe sur une obligation principale souvent complexe, de longue durée, aux multiples intervenants, soumise à des lois étrangères mal connues, relevant d'une compétence juridictionelle incertaine […]. Imposer au créancier, d'établir le caractère certain, liquide, exigible de l'obligation principale avant d'agir contre le garant revient souvent à le priver de garantie: le temps – du procés ou de l'arbitrage, des expertises et contre-expertises… – est de l'argent*». Ed, ancora, proseguono rilevando che «*l'internationalisation des pratiques bancaires permet le développement de garanties insensibles aux lois régissant l'obligation principale, aux conflits de juridictions, détachées de l'obligation garantie, aussi neutres et abstraites que la monnaie. L'éfficacité de la garantie implique l'abandon de son caractère accessoire. Il faut donc que le garant s'engage à payer de manière autonome; c'est-à-dire que l'exigibilité de son obligation ne dépende pas de celle de l'obligation di débiteur principal, mais soit indépendante, directement déterminée dans ses relations avec le créancier*».

[93] Non proprio di questo avviso è G. B. BARILLÀ, *IlGarantievertrag da prassi a legge: il caso francese*, cit., p. 223, per cui «quella che salta subito all'occhio dell'interprete è la scelta di ridurre le fattispecie di garanzia autonome a quelle ove si apresente la calusola "a prima richiesta" che […] non è di per sé indice di autonomia ma può semplicemente essere interpretata come sinonimo di *solve et repete*».

Nel tratteggiare gli elementi costitutivi della fattispecie, in chiara discontinuità con il modello fideiussorio, si è altresì precisato che "*le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie*" e che "*sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie*". La formulazione legislativa delinea i tratti essenziali della garanzia autonoma senza procedere ad una rigida tassonomia.

Ancora, il disancoraggio dall'operazione principale trova un basamento nella previsione, al netto di convenzione contraria, dell'indipendenza della garanzia autonoma dall'obbligazione originaria e nel divieto imposto al garante di sollevare qualsivoglia eccezione che rifluisca dall'obbligazione garantita[94]. L'abdicazione al potere di sollevare eccezioni trova un contemperamento nel principio generale di ordine pubblico, così come ratificato all'art. 2321, secondo *alinea*, del *code civil*, consistente nell'esonero del garante dall'adempiere la propria obbligazione in caso di "*abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre*".

Da una prima analisi parrebbe un puntuale recepimento da parte del legislatore francese delle esigenze diffusesi all'interno dei traffici commerciali internazionali che hanno generato e plasmato i vari modelli di garanzia autonoma. Il dato testuale lascerebbe apprezzarsi per aver saputo declinare, al suo interno, una flessibilità disciplinare che lascia spazio alle imprese di avvalersi del contratto autonomo e di modularlo secondo le esigenze vicendevolmente coinvolte[95].

Ciò considerato, due momenti di riflessione possono appuntarsi attorno al fattore impresa nell'ordito negoziale del contratto autonomo di garanzia.

Seppur l'art. 2321 del *code civil* non definisca le posizioni degli effettivi protagonisti né la portata di tale contrattazione, all'interno del *code de la consommation* v'è un presidio normativo a tutela della persona fisica[96]. Il plesso tutorio, espresso all'art. L. 314-19, inibisce il ricorso a una garanzia autonoma per la finalità di copertura di crediti immobiliari o mobiliari al consumo[97]. Il contratto autonomo di garanzia concorre, quindi, alla specializzazione delle garanzie personali, rimarcando un distinguo tra imprese e consumatori, tra enfasi di sicurezza e flessibilità e istanze protezionistiche[98].

Il criterio regolativo per principi generali, emergente dall'art. 2321 del *code civil*, si accredita a momento centrale nell'ottica di evoluzione delle regole in tema di garanzie personali d'impresa, evitando, al contempo, di rappresentare un modellosì stringente da imbrigliare l'attitudine pragmatica, consustanziale al mondo degli affari[99]. La riforma ha rappresentato, comunque, un tentativo di modernizzazione volto a riabilitare il *code civil* come sede

---

[94] Trattasti del terzo e quarto *alinea* dell'art. 2321 del *code civil*. Per approfondimenti, A. S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretes personnelles,* cit., p. 887 ss.

[95] A. PRÜM, *La consécration légale des garanties autonomes*, cit., p. 409 ss. a p. 412, per cui *«[…] la nouvelle notion laisse une large marge de manœuvre à la pratique piuisq'elle se contente de prévoir que la garantie peut être stipulée payable sur simple demande ou suivant tuoute autre modalité convenue entre parties. Cette flexibilité permet d'embrasser tout le spectre des garanties autonomes en commençant par la formule la plus simple et la plus fréquente des engagements dits "à première demande" sans négliger toutes les figures des garanties documentaires, sur demande justifiée ou "glissantes"*». E, prosegue rilevando icasticamente che «*aucune forme de garantie réellement indépendante n'échappe ainsi à la categorie définie*».

[96] L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretes personnelles. La publicité foncière,* cit., p. 166.

[97] A. S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretes personnelles*, cit., p. 872; L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretes personnelles. La publicité foncière,* cit., p. 168 ss.

[98] M. BOURASSIN, *La spécialisation du droit dessûretés personnelles, «entre droit commercial et protection des consommateurs»*, cit., p. 458 ss.

[99] A. PRÜM, *La consécration légale des garanties autonomes*, cit., p. 416; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, cit., p. 40.

privilegiata delle regole principali delle garanzie personali ma ciò non ha esaurito né risolto ogni questione connessa alla pratica della garanzia autonoma, specialmente nell'ambito internazionale (si pensi all'assenza delle garanzie quadrangolari o indirette, differentemente da quanto avviene nelle regole della CCI)[100].

Venendo a una considerazione di profilo più ampio, può rilevarsi come la libertà contrattuale d'impresa sia fatta salva; invece, l'autonomia d'impresa, come declinata secondo gli intendimenti italiani, non trova una piena corrispondenza nel diritto francese. Laddove in Italia si cerca di offrire una rilettura del fenomeno causalista – orientato alle esigenze dell'impresa, coestensivo non già alla sagoma dell'atto ma ai contorni dell'attività (quindi alla complessiva dinamica degli interessi d'impresa coinvolti) – per fornire legittimità ad atti tendenzialmente astratti, non nella stessa indicazione si è mossa la soluzione francese[101].

D'oltralpe, il legislatore, sulla spinta degli obiettivi fondamentali prospettati dal gruppo di lavoro relativo alla riforma del diritto delle garanzie – ovvero quelli di: *a*) conferire al diritto francese delle garanzie le qualità di chiarezza ed accessibilità, rappresentativi sia per i privati che per le imprese delle condizioni di sicurezza giuridica necessaria per lo sviluppo del credito; *b*) di modernizzare il diritto delle garanzie e rafforzare l'attrattività del diritto francese – ha consentito, invece, all'intervento positivo di fugare ogni dubbio di compatibilità sistemica del contratto autonomo di garanzia e di recepirne le peculiarità del paradigma come diffuso nella prassi.

Ancora oggi, al fine di completare il processo riformatore del 2006, si intende mettere mano all'intero sistema delle garanzie del credito. Tale proposito ha animato la redazione del testo *Avant-projet de réforme des sûretés*, redatto da una commissione costituita dall'associazione Henri Capitant su richiesta del Ministero della giustizia[102]. Più specificamente, per quanto concerne il negozio fideiussorio, però, sembra prevalere l'esigenza di assicurare sistemi di salvaguardia per il fideiussore persona fisica di fronte ad un creditore professionista. Diversamente, si ritocca l'art. 2321 del *code civil*, preservando la natura scarna del dispositivo legislativo per non imbrigliare l'attitudine delle imprese a modellare il contratto autonomo di garanzia.

Nei propositi della commissione si inserisce l'intento di recepire le esigenze economiche e sociali del tempo e, senza slanci rivoluzionari, conferire attrattività al diritto francese preservando e rafforzando il dominio del *code civil*[103].

5. L'imponente impiego di garanzie personali nelle contrattazioni d'impresa e il sempre più frequente ricorso a meccanismi atipici ispirati da esigenze di snellezza e fluidità

---

[100] G.B. BARILLÀ, *Il* Garantievertrag *da prassi a legge: il caso francese*, cit., p. 223.

[101] Sul punto cfr. le riflessioni di L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 45, nt. 76 per cui se in Italia il requisito causale può fornire legittimazione agli atti astratti atipici strumentali all'esercizio dell'impresa e, pertanto, come criterio argomentativo sistematico per costrurire nuovi schemi e discipline, «questa proposta, peraltro, potrebbe riceve una smentita dalla possibile regolamentazione normativa del *Garantievertrag*, sulla scorta di quanto è avvenuto nell'ordinamento francese […], la quale è suscettibile di concepirsi, in ordine al problema del rapporto tra giustificazione causalista e negozio astratto, come conferma del fatto che solo un'espressa opzione legislativa può legittimare uno schema che non è conforme al modello della causa come requisito essenziale del contratto».

[102] *http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes.pdf.*

[103] Già, PH. DUPICHOT, *Le nouveau droit français des sûretés: bréviaire à l'attention du juriste étranger*, cit, p. 280. Ora, D. LEGEAIS, *Quelle réforme pour le droit dessûretés? Rapport introductif*, in *Rev. dr. banc. fin.*, 2016, 1, p. 86.

hanno costituito un indispensabile retroterra culturale e dogmatico per l'elaborazione del quadro comune di riferimento europeo. L'opera di armonizzazione – che ha tenuto conto delle tradizioni giuridiche dei vari paese europei[104] – reca con sé il tentativo di offrire un'impalcatura regolamentare ampiamente flessibile, di tal fatta da escludere un pregiudizio per l'autonomia privata[105]. Infatti, malgrado sia stato espunto il riferimento all'autonomia contrattuale delle parti e alla capacità di creare schemi contrattuali che possano assolvere funzioni di garanzia personale – rispetto a quelli già previsti –, il libro IV.G presenta un reticolato disciplinare di natura dispositiva. Tuttavia, il testo europeo non designa espressamente la garanzia autonoma e quella a prima richiesta quali negozi a esclusivo appannaggio delle imprese[106]. Alle garanzie d'impresa ed alla loro ascrizione all'interno della disciplina generale del libro IV.G, art. 1:101 ss. può addivenirsi rimarcando il distinguo rispetto alle garanzie apprestate dai consumatori[107].

Appare opportuno, quindi, considerare la disciplina articolata offerta dal DCFR in riferimento alla garanzia autonoma. Circa la modalità della volontà di impegnarsi, la sottoscrizione di una garanzia indipendente deve essere legata alla volontà delle parti di farvi ricorso, non bastando l'apposizione di una clausola, quale quella a prima richiesta[108].

Sotto il versante esecutivo, *ex* art. 3:103, la disciplina dota il garante di differenti modalità di tutela. Egli è tenuto ad adempiere solo quando la richiesta d'escussione sia presentata in forma scritta e rispetti tutti i termini e le condizioni dedotte nel contratto di garanzia o in altro atto giuridico istitutivo della garanzia. Il garante conserva un lasso di tempo pari ad una settimana per adempiere secondo i termini della domanda oppure informa il debitore delle ragioni a sostegno del rifiuto d'esecuzione. Questo denota un aspetto della garanzia autonoma: l'assolvimento dell'obbligazione di garanzia è soggetto all'osservanza dei requisi-

---

[104]Per A. CARRASCO,*The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, cit., p. 389, la proposta disciplinare è mutuataria delle tradizioni giuridiche nazionali, non apportando innovazioni radicali. Trattasi piuttosto di un'operazione di sincretismo e rispetto delle tradizioni.

[105]A. VENEZIANO, voce *Garanzie del credito (diritto privato europeo),* cit., p. 279. V. M. CUCCOVILLO, *Garanzie personali e obblighi di informazione nei Principles of European Law on Personal Securities*, in *Contratti*, 2009, p. 1050 ss.

[106] Per un raffronto con la disciplina (insufficiente sia oggettivamente che soggettivamente) del codice civile in materia di garanzie personali v. D. CERINI, *Personal Guarantees between Commercial Law and Consumer Law*, cit., p. 443 per cui «[…] *no distinction exists in the law with strict reference to the grantor status (professional or consumers) nor for the grantor is a natural person or, on the contrary, a legal person*». Ancora, l'A. rileva che «*this absence of specific rules referring to the status are only partially overpassed where guarantees are released by banks and insurance companies. […] In this case, there is a set of special rules that govern not specifically the contract or the duties of the grantor within the perspective of his or her protection: on the contrary they are set as a condition for the authorisation to release guarentee and/or for the exercise of the activity within the area of business of the grantor/bank or other financial institution); consequently, those rules are to be found, for what concerns insurance companies, in the Codice delle Asssicurazioni Private […] and in the Testo Unico Bancario*».

[107] V. L. MONTRASIO, *L'altra metà del cielo: le* commercial securities *all'interno del DCFR*, cit., p. 280. Sulla formulazione di regole di livello generale nel settore delle garanzie personali, cfr. M.E. STORME, *The Harmonisation of the Law of Personal Security*, cit., p. 73 ss.

[108] L. MONTRASIO, *L'altra metà del cielo: le* commercial securities *all'interno del DCFR*, cit., p. 287. L'A. spiega che «il DCFR precisa immediatamente, nel considerare l'elemento della volontà del *security provider*, che ogni forma di garanzia personale si presume come *dependent*, quindi legata all'obbligazione principale, salvo che il creditore (beneficiario della garanzia) dimostri il contrario. Ciò da un lato esprime la netta preferenza affinché la garanzia autonoma sia pattuita espressamente, a causa della sua onerosità per il *provider*; dall'altro lato, lo spazio che rimane concesso alla presunzione è alquanto angusto, posto che si sposta l'onere della prova in capo al creditore beneficiario».

ti formali e contenutistici da parte del creditore mentre il rischio di inadempimento del debitore originario non rifluisce nel rapporto tra garante e creditore[109].

Veniamo, ora, ad un punto assai delicato che attiene alla paralisi della pretesa creditoria a seguito, *verbatim*, di una provata – in base a prove effettive – richiesta di escussione che sia manifestamente abusiva o fraudolenta (art. 3:105). L'infondatezza della pretesa creditoria deve, pertanto, essere inequivoca, evidente ed economicamente rilevante per il debitore: le prove effettive su cui fondare l'illegittimità della richiesta devono, normalmente, essere fornite dal debitore che ha incaricato il garante di assumere la garanzia. È proprio il ruolo del debitore, a questo punto, ad apparire nevralgico (ben potrebbe darsi, infatti, la situazione che il garante agisca in regresso sul debitore, il quale si troverà poi costretto a richiedere il rimborso al creditore). Il DCFR, all'art. 3:105, par. 2, compie un'opera di armonizzazione della definizione dei poteri interdittivi debitori rispetto a quanto contenuto nella convenzione Uncitral, art. 20, parr. 1 e 2[110]. Per cui, il debitore potrà impedire l'adempimento del garante e l'emissione o l'utilizzo di una richiesta di escussione da parte del creditore. Manifesto appare come il tentativo di armonizzazione risulti a favore della certezza dei traffici giuridici e della mitigazione dei rischi delle garanzie passive, spesso contratte da imprese. Il dato non è di poco rilievo. Anzi, supplisce ad una eterogeneità delle prassi giurisdizionali nazionali, divise, da un lato, tra il consentire al debitore di attaccare creditore e garante e, dall'altro, di procedere al sequestro delle somme intascate[111].

Sotto il profilo rimediale, l'art. 3:106 divisa che il garante abbia diritto di ripetere quanto ricevuto dal creditore qualora le condizioni della richiesta del creditore non si siano realizzate o siano venute meno oppure quando la richiesta fosse manifestamente abusiva o fraudolenta. Il diritto alla ripetizione è assoggettato, secondo l'art. 3:106, par. 2, alle regole in tema di ingiustificata locupletazione. Spetta, quindi, direttamente al garante d'agire nei confronti del creditore beneficiario: non si prospetta più un'azione di recupero dell'indebito affidata al debitore e con ciò viene ad essere neutralizzata la perpetuazione di una dispendiosa ed inefficiente duplicazione di rimedi contrattuali[112]. Il garante professionale, quindi, maggiormente attrezzato, sarà in grado di poter sperare in un recupero più efficiente dal creditore, tenendolo al riparo da un'azione di ripetizione esercitata dal debitore che nelle more può sempre andare fallito[113].

Il DCFR prescrive che il garante vanti il diritto di recupero della somma solo quando essa sia fraudolentemente od abusivamente escussa oppure siano mutate le condizioni legittimanti la pretesa creditoria. Nulla, invece, è detto riguardo al caso di obbligazione origina-

---

[109] Precisa A. CARRASCO,*The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, cit., p. 401, che «*the condition in Law is only that the demand complies exactly on its face with the terms set out in the contract. The underlying risk (the "causa", in the Romanic Law countries) continues to be the non performance of the main debtor, but this basic breach stands not as material condition of the guarantor's duty to pay*».

[110] Il giudice su istanza del debitore principale potrà: *a*) ordinare al garante di non trasferire l'ammontare indicato nella richiesta del creditore a quest'ultimo e di trattenere l'ammontare della garanzia; *b*) se il pagamento è già stato effettuato, ordinare al creditore di non disporre di quanto ricevuto; *c*) ordinare al soggetto che è ricorso in giudizio di fornire una garanzia nella forma che il giudice medesimo riterrà appropriata.

[111] Così, A. CARRASCO,*The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, cit., p. 404.

[112]E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., spec. p. 560 ss. a p. 565 s.; L. MONTRASIO, *L'altra metà del cielo: le* commercial securities *all'interno del DCFR*, cit., pp. 288-293 ss. Non mancano critiche per difetto di chiarezza del DCFR, anche, da parte di A. CARRASCO,*The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, cit., p. 404 ss.

[113] Per uno studio approfondito di matrice francese, cfr. la monografia di G. MÉGRET, *Les recours du garant. Contribution à l'étude du cautionnement et de la garantie autonome en droit interne*, Paris, 2011.

ria inesistente oppure contratta con vizi determinanti la nullità della causa. In questi casi si riconosce che la garanzia indipendente sia un'attività commerciale rischiosa, sì profittevole, ma, al contempo, capace di esporre il garante a rischi non rimediabili. La mancata previsione di eccezioni esperibili dal garante attorno alla nullità della causa dell'obbligazione originaria: *i*) potrebbe tradursi in un precipitato di ostilità che il quadro comune riserva all'elemento causalista ai fini della conclusione del contratto[114]; *ii*) si inserirebbe nella prospettiva consustanziale alla garanzia autonoma, quale obbligazione tesa a non essere inficiata in nessun modo da rapporti originari e giustificata – in nome delle esigenze commerciali e della loro naturale rapidità – poi praticamente, nella copertura e nella compensazione del rischio di insolvenza[115].

Da ultimo, ma non per ordine di minore rilevanza, vuole essere menzionata la garanzia autonoma a prima richiesta, *species* del *genus* della garanzia autonoma, che viene riconosciuta all'interno dell'art. 3:104, il cui effetto principale è quello di limitare la proponibilità di eccezione da parte del garante riferite al suo diretto rapporto contro il creditore (così come previsto *ex* art. 3:103, par. 2)[116]. Il più elevato grado di autonomia pone al riparo il creditore da ogni possibile addebito od eccezione sollevabile dal garante (al netto dell'*exceptio doli*) ogni qualvolta la richiesta d'escussione presentata avvenga in forma scritta con espressa conferma delle condizioni cui l'esigibilità della garanzia soggiace[117]. Anche qui pare possibile, inoltre, trovare una corrispondenza con quanto divisato all'art. 15 della convenzione Uncitral, circa il rispetto dei requisiti formali e strutturali ai fini della proposizione della domanda di garanzia a prima richiesta.

Il dato che sinora è emerso può aiutare a svolgere delle considerazioni d'insieme. Il sistema delineato nel quadro europeo tende a sezionare le garanzie personali in accessorie, indipendenti ed in quelle prestate dal consumatore (legate ad un sistema di natura indero-

---

[114]*Contra*, E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 566 per cui il DCFR «[…]per un verso, abbracci(a) facili slogan promotori del superamento della causa, adducendo proprio il vantaggio di poter riconoscere contratti, quali il *Garantievertrag*, come se tale figura non fosse stata recepita in Italia e in altri ordinamenti causalisti; per un altro verso, accolgono con pari facilità, come fosse un nuovo dogma, la giustizia contrattuale, non avvedendosi che una formulazione troppo generica della disciplina sulla *gross disparity* o sull'*unfair exploitation* rischia di colpire, per altra via, un regolamento contrattuale plasmato sul modello del *Garantievertrag*». L'A. affina il suo assunto per cui «l'imprenditore inesperto che ordinasse la stipula di una garanzia automatica, ossia di un contratto che rispetto allo scopo di garanzia certamente determina un vantaggio eccessivo per il beneficiario, realizzerebbe infatti un'operazione economica, che facilmente si porrebbe in collisione con i suddetti parametri della giustizia contrattuale». Conclude, nettamente, sostenendo che «[…] anche in una prospettiva europea ed internazionale, pare decisamente preferibile, in luogo di una banalizzante sostituzione di dogma a dogma, operare una comparazione fra modelli non fondata sulla rigidità delle categorie, bensì sul raffronto rimediale, che dimostra la possibilità di conseguire risultati similari e parimenti efficienti a partire da apparati normative apparentemente oltremodo distanti».

[115] Per L. MONTRASIO, *L'altra metà del cielo: le* commercial securities *all'interno del DCFR*, cit., p. 293 s. «la scelta operata dai redattori del DCFR, che diversifica la tutela garantita al *security provider* e la "sposta" giuridicamente e cronologicamente ad un momento successivo l'adempimento della prestazione di garanzia, da un lato favorisce la certezza delle transazioni ed una più efficace stabilizzazione delle dinamiche creditizie, dall'altro sposta dei rischi ingenti in capo al garante, lasciando il creditore *de facto* assicurato contro il rischio di insolvenza e, pertanto, diventerebbe arduo contrastare, in sede di riqualificazione giudiziale di una simile fattispecie contrattuale, una eventuale tesi che la assimili ad una polizza assicurativa».

[116]L. BOZZI, *Le garanzie personali a prima richiesta*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa,* I*, Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., p. 575.

[117] Per una disamina problematica, A. CARRASCO,*The DCFR - Guarantee and Personal Security Contracts*, cit., p. 401 ss.

gabile, teso ad approntare una serie di accorgimenti informativi, formali e sostanziali volti a proteggere il garante vulnerabile dal peso e dal rischio dell'obbligazione di garanzia contratta ed improntato sul modello della garanzia accessoria[118]), volendo rimarcare la necessità che un'adeguata armonizzazione debba tenga conto dei contratti B2B e B2C[119].

Dal DCFR c'è una presa d'atto di centralità dell'elemento impresa nei contratti di garanzia personale che mira a supplire alle deficienze normative statali, recependo i punti di contatto tra le garanzie personali europee[120]. L'armonizzazione, però, condurrà ad interrogativi circa il coordinamento con gli istituti di diritto interno, la loro compatibilità e la loro tenuta[121]. Al fine di saggiarne l'incisività occorrerà, invero, emanciparsi da pregiudizi ideologici dettati (ed esauriti) dai sistemi positivi cristallizzati e nella consapevolezza della complessità – tale da rendere non solo difficile ma anche inappagante ogni semplificazione e *reductio ad unum*[122] – ove si affermano le ragioni contrattuali d'impresa.

6. Il sostegno disciplinare fornito dal DCFR in tema di garanzie personali d'impresa merita di essere raccordato con la convenzione elaborata nel 1995 dall'Uncitral, in tema di garanzie indipendenti e lettere di credito *stand-by*[123].

L'esigenza di garantire una normazione uniforme alle garanzie internazionali di cui s'avvalgono le imprese ha condotto a creare un sistema in cui far convergere le peculiarità della prassi e della comunità internazionale degli affari, legittimando una regolamentazione internazionale degli impegni di garanzia non accessori[124]. Questa disciplina, malgrado la

---

[118]*Ex multis*, S. VAN ERP, *Surety Agreements and the Principle of Accessority – Personal Security in the Light of a European Property Law Principle*, cit., p. 309 ss. Sull'informazione, M. CUCCOVILLO, *Garanzie personali e obblighi di informazione neiPrinciples of European Law on Personal Securities*, cit., p. 1062 ss.

[119]M. LOBUONO, *Le garanzie del credito nello scenario europeo*, in F. MACARIO (a cura di), *Livelli di armonizzazione nel diritto europeo dei contratti. Un'indagine per settori e tipi contrattuali*, cit., p. 144. V. U. DROBNIG, *Trait fondamentaux d'un régime européen des sûretés personnelles*, in AA. VV., *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, cit., p. 323.

[120]M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretes*, cit., p. 32 ss.; A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretes personnelles*, cit., p. 1 ss. Precisa, però, L. BOZZI, *Le garanzie personali a prima richiesta*, cit., p. 576 precisa che le regole del DCFR sono «[…] al di fuori di un modello normativo "vigente"[…] e ad esse è perciò non solo ovviamente estranea ogni esigenza di valutazione, sulla base di regole già esistenti – per esempio, riguardo a quali siano i limiti di elasticità – del tipo fideiussorio e quindi se il contratto concluso dalle parti si ponga "dentro/fuori" rispetto a questo –, ma soprattutto è estranea l'esigenza di verificare la compatibilità e la coerenza della soluzione proposta con i principi e i limiti del sistema».

[121]M. LOBUONO, *Le garanzie del credito nello scenario europeo*, cit., p. 149; G. TUCCI, *L'armonizzazione del diritto del diritto delle garanzie*, cit., p. 193 ss.

[122]L. BOZZI, *Le garanzie personali a prima richiesta*, cit., p. 584. Per alcune affinità metodologiche, E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 566.

[123] Sul tema, *ex multis*, F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 542 ss.; A. CALDERALE, *Stand-by letters of credit e garanzie autonome european style: la riforma dell'*Article 5 *dell'*Uniform Commercial Code *e la Convenzione sulle garanzie autonome dell'Uncitral*, in ID., *Autonomia contrattuale e garanzie personali*, cit., p. 231 ss.; A. GIAMPIERI, *La convenzione UNCITRAL sulle garanzie autonome e le stand-by letters of credit. Prime considerazioni*, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 807 ss.; P. TERRILE, *L'entrata in vigore dellaUnited Nations Convention on Independent Guaranteesand Stand-By Letters of Credite la disciplina delle garanzie indipendenti,* ivi, 1999, p. 591 ss.; S. PIEDELIÈVRE, *Le projet de convention de la commission des Nations-Unies pour le commerce international sur les garanties indépendantes et les lettres de créditstand-by*, in *RTDComm.*, 1996, p. 633 ss.; J. STOUFFLET, *La convention des Nations Unis sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by*, in *Rev. dr. banc. bours*, 1995, p. 132 ss. Sul tema, v., anche, P. MANES, *Independent bank guarantees between civil and common law features and the issue of termination*, in *Contr. impr. Eur.*, 2013, p. 752-757 ss.

[124] V. F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 542; A. GIAMPIERI, *La convenzione UNCITRAL sulle garanzie autonome e le stand-by letters of credit. Prime considerazioni*, cit., p. 807 parla di convenienza di siffata disciplina uniforme e di adattabilità alle realtà pratiche internazionali. A. S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretes personnelles*, cit., p.

prestigiosa sede natale e *l'endorsement* della CCI, deve fare i conti con la riluttanza di molti stati, specialmente europei, a consentire che una normativa dettagliata possa scavalcare le singole discipline nazionali[125].

Rispetto all'impianto elastico e di principio, più che di dettaglio, offerto dal DCFR, l'assetto convenzionale appare di tutt'altro segno. Come può arguirsi, anche, dall'art. 27, non sono ammesse riserve alla presente convenzione: l'armonizzazione, pertanto, passa attraverso un irrigidimento complessivo che trova giustificazione, come può leggersi dai lavori preparatori e dal testo esplicativo in calce al documento convenzionale, nel facilitare la combinazione di garanzie indipendenti e di lettere di credito *stand-by*[126].

Nel delineare i tratti della garanzia autonoma, si riconduce l'indipendenza di questa: *a*) all'assenza di subordinazione dell'efficacia rispetto l'esistenza o la validità dell'operazione sottostante; *b*) all'assenza di condizionamenti legati al verificarsi di circostanze, anche future e incerte, non contemplate nel testo della garanzia, eccezion fatta per la presentazione di documenti o per altri atti o eventi suscettivi d'essere considerati, per loro natura, afferenti all'attività professionale esercitata dall'emittente/garante.

Invece, un'analogia con il DCFR può rinvenirsi nel principio di (tendenziale) libertà di forma dell'impegno di garanzia assunta. L'art. 7, c. 2, prescrive, infatti, il mantenimento di un *complet record* del testo – trattasi, verosimilmente, d'un supporto che consenta, ad ogni momento, di verificare il contenuto – e l'identificazione della fonte d'emissione mediante procedure usualmente accettate nella prassi (come i codici identificativi delle banche) oppure tramite una procedura concordata da garante e beneficiario[127].

A corredo di quanto asserito, in merito alla minuziosa ricostruzione della disciplina convenzionale, merita attenzione il regime delle eccezioni opponibili dal garante verso il beneficiario.

862, rilevano che la convenzione sia informata ai criteri del realismo e della flessibilità: «*réalisme, d'abord, en tenant compte des pratiques et décisions rendues en la matière par les différentes droits internes. Souplesse, ensuite, en ne formoulant que les principes essentiels, en ne régissant que les rapports garant-bénéficiaire, en adoptant des dispositions dont la plupart sont supplétives de la volonté des parties et, en tout état de cause, en permettant l'insertion d'une clause d'"opting out" qui soustrait entièrement l'operation à l'autorité de la Convention et la soumet au droit interne compétent*».

125 Come annota R. ILLESCAS-ORTIZ, *Les garanties indépendantes, les lettres de créditstand-byet la bonne foi dans le commerce international: à propos de l'article 19 de la convention de 1995*, in AA. VV., *Propos impertinents de droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Christian GALVADA*, Paris, 2001, p. 174, «*la Convention comme tuot text fruit d'une longue, minutieuse et parfois passionnéè, discussion parmi plus de trente États membres de l'Uncitral, de cultures juridiques diverses et d'intérêts économiques contradictoires, offre un résultat équlibré: cela se manifeste non seulement dans la pondération des règles adoptées, mais aussi par l'inexistence au sein de la Convention des normes relatives à certains aspects des relations déterminantes ou dérivées de l'émission d'une garantie indépendante ou d'une lettre stand-by*». La convenzione è entrata in vigore il 1° gennaio 2000, per mezzo della ratifica da parte della Tunisia che ha consentito il realizzarsi della condizione sospensiva per la vigenza (occorrevano 5 stati aderenti, *ex* art. 28). Gli altri Stati aderenti sono rappresentati da Bielorussia, Ecuador, El Salvador, Gabon, Kuwait, Liberia, Panama e Stati Uniti.

126 Invece, intravede un carattere suppletivo delle disposizioni Uncitral, S. PIEDELIÈVRE, *Le projet de convention de la commission des Nations-Unies pour le commerce international sur les garanties indépendantes et les lettres de créditstand-by*, cit., p. 634.

127 Spiega F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 560, che le precisazioni formali convenzionali «[…] per un verso contribuiscono a comporre una disciplina compiuta della *stand-by letters of credit*, per altro verso aiutano a circoscrivere ulteriormente l'ambito di applicazione oggettivo della Convenzione, posto che, accettata la legittimità di qualunque forma convenzionale, compresi i più recenti sistemi di trasmissione elettronica, la Convenzione non si estende alle promesse caratterizzate da forme inadeguate alle esigenze di certezza e di celerità del messaggio». Su questo punto v., anche, A. CALDERALE, *Stand-by letters of credit e garanzie autonomeeuropean style: la riforma dell'Article 5 dell'Uniform Commercial Codee la Convenzione sulle garanzie autonome dell'Uncitral*, cit., p. 317.

Questo profilo ha incontrato diverse perplessità. Si è lamentata una lesione del meccanismo di garanzia con il rischio di un progressivo riavvicinamento al tipo fideiussorio, cui potrebbe corrispondere il disfavore verso l'applicazione della disciplina convenzionale[128].

Veniamo con ordine. L'art. 19 struttura una lista di eccezioni opponibili al beneficiario da parte del garante, definendone contorni e limiti di applicabilità. Le eccezioni possono essere bipartite in cartolari-letterali e relazionali-contrattuali. Al primo tipo afferiscono quelle che consentono al garante di bloccare la pretesa del beneficiario nel caso in cui, data la situazione inequivoca (e qui, può agevolmente cogliersi una contiguità con la disciplina dell'eccezione per richiesta manifestamente fraudolenta o abusiva del DCFR): *a*) un documento posto a supporto dell'escussione non sia autentico o contenga indicazioni false; *b*) alcun pagamento è dovuto sulla scorta di quanto asserito nella richiesta e nei documenti presentati; *c*) riguardo al tipo ed allo scopo della garanzia la domanda difetta di una ragionevole giustificazione.

Quest'ultima previsione, di primo acchito, potrebbe rappresentare il contenitore per una congerie di situazioni legittimanti l'eccezione da parte del garante. La convenzione, invece, cristallizza all'art. 19, c. 2, le ipotesi di eccezioni in caso di pretesa priva di ragionevole giustificazione e, così facendo, riduce il rischio di sperequazioni nella tutela legate a regole di natura giurisprudenziale[129].

Le eccezioni del secondo tipo, invece, attengono al mancato verificarsi del rischio o dell'evento per cui la garanzia era stata emessa; oppure concernono l'invalidità dell'obbligazione sottostante, dichiarata attraverso una pronuncia giudiziale, salvo espressa esclusione nella garanzia e contestuale aumento del rischio derivante; oppure riguardano l'accertato adempimento dell'obbligazione principale o che, di contro, questo sia stato impedito.

Un ruolo centrale all'interno della disciplina convenzionale, poi, è riservato alla buona fede che informa il principio interpretativo, le norme di condotta del garante e, assai importante, quella del beneficiario, il quale, all'atto della presentazione della domanda di pagamento, asserisce implicitamente – si presume – che la richiesta medesima non sia in mala fede e che non ricorra alcuna circostanza prefata, giustificatrice dell'eccezione del garante[130].

---

128 Per S. PIEDELIÈVRE, *Le projet de convention de la commission des Nations-Unies pour le commerce international sur les garanties indépendantes et les lettres de créditstand-by*, cit., p. 644, le *«[…] exceptions à l'obligation de payer, dans le souci de moraliser certains agissements, remettent indirectement en cause le caractère indépendant des garanties indépendantes et des lettres de crédit stand-by qui désormais se rapprochent du cautionnement, puisque garanties et opérations couvertes sont parfois liées»*. Così, anche, R. ILLESCAS-ORTIZ, *Les garanties indépendantes, les lettres de créditstand-byet la bonne foi dans le commerce international: à propos de l'article 19 de la convention de 1995*, cit., p. 177 ss.

129 Favorevolmente, P. TERRILE*, L'entrata in vigore dellaUnited Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credite la disciplina delle garanzie indipendenti*, cit., p. 623. Non è di questo avviso L. TULLIO, *Eccezione di abuso e funzione negoziale*, Napoli, 2005, p. 272 ss. Per l'A. la locuzione "*non conceivable basis*", contenuta all'art. 19 della Convenzione Uncitral, denota la difficoltà d'uniformare discipline statali tanto distinte tra loro, malgrado convergenti nel reprimere forme di escussione indebita delle garanzie. Di tal fatta, ogni stato opererà attraverso gli strumenti giuridici del proprio ordinamento (buona fede oggettiva; divieto di frode in senso stretto).

130R. ILLESCAS-ORTIZ, *Les garanties indépendantes, les lettres de créditstand-byet la bonne foi dans le commerce international: à propos de l'article 19 de la convention de 1995*, cit., p. 174. Spiega F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 564, che «la presunzione che caratterizza la disciplina dell'escussione accolta dalla Convenzione si è presto esposta ad una serie di critiche da parte della dottrina più attenta, evidenziandosi, in particolare, la facilità di interpretazioni fallaci e fuorviate. Potrebbe risultare alterata la natura astratta della promessa, ove si utilizzasse detta presunzione per avvalorare l'idea che anche il garante, al pari dell'ordinante, sia in concreto legittimato ad agi-

Quale quadro ne viene fuori da queste considerazioni? Quale lo spazio rimesso all'autonomia contrattuale d'impresa?

Non mancano ragioni per credere che l'armonizzazione delle garanzie personali d'impresa passi attraverso una posizione di non manifesto favore verso l'autonomia contrattuale d'impresa. Difetta la presenza di clausole di apertura verso schemi e modelli nuovi coniati dalla prassi. L'armonizzazione coincide con una dettagliata, malgrado a volte ridondante e talaltre lacunosa, regolamentazione tecnica (specie nel tratteggiare l'operazione economica complessiva in cui si iscrive la garanzia) cui si affida lo scopo di accrescere la fiducia degli operatori del commercio internazionali verso un regime convenzionale sovrastatale in grado di offrire una soluzione normativa unitaria. Inoltre, la disciplina che può risultare fortemente protettiva degli interessi dell'ordinante e dell'emittente dovrà misurarsi con il potere contrattuale esercitato dai beneficiari (istituti bancari) che determinerà il ricorso o l'esclusione dell'applicabilità della disciplina convenzionale[131].

7. L'interesse da parte della Camera di commercio internazionale per le garanzie autonome a prima richiesta è da ricercare nella grande diffusione che tali schemi contrattuali hanno ottenuto nella pratica internazionale[132]. Le norme uniformi arrivate alla terza edizione nel 2010 – la prima del 1978, la seconda del 1991[133] – offrono un quadro regolamentare coerente con le specificità delle ragioni d'impresa[134].

---

re per bloccare la pretesa del creditore o per recuperare quanto sborsato adducendo la falsità dell'attestazione. Di segno contrario, invece, le posizioni di coloro i quali ritengono che la disposizione anzidetta non sia tale da poter aggiungere alcunché alla previsione dell'art. 19 della Convenzione o da giustificare il rifiuto del garante, sulla base di una pretesa falsità dell'implicita attestazione».

131 A. GIAMPIERI, *La convenzione UNCITRAL sulle garanzie autonome e le stand-by letters of credit. Prime considerazioni*, cit., p. 816.

132 Tra le monografie che hanno approfondito il tema nella prospettiva del commercio internazionale, v. F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991; A. PRÜM, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, Paris, 1992; N. ENONCHOONG, *The Independence Principle of Letters of Credit and Demand Guarantees*, Oxford, 2011, spec. p. 39 ss. Precisa C. BOTTA, *L'evoluzione del contratto autonomo di garanzia nei rapporti internazionali*, cit., p. 98 che «[…] un moderno sistema di garanzie, regolamentate in maniera uniforme in ambito transnazionale, scevro da oscillazioni ed incertezze in ordine alla validità, alla rilevanza e all'ambito di operatività delle diverse fattispecie, rappresenta un importante fattore di stimolo all'implementazione e allo sviluppo dei rapporti commerciali in un contesto globalizzato».

133 Per un'analisi diacronica, che evidenzia le criticità delle precedenti versioni disciplinari, v. M. CUCCOVILLO, *Le nuove norme uniformi della camera di commercio internazionale sulle garanzie a prima richiesta (pubblicazione n. 458/2010)*, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 2012, I, pp. 211-212, nt. 7, per cui «la prima versione […] non ha riscosso molto successo pratico perché non è riuscita a svincolarsi dal carattere accessorio delle garanzie atipiche. (Neppure la seconda) è stat(a) accolt(a) con entusiasmo tanto da determinare una scarsa applicazione, in quanto ha rappresentato il risultato di un compromesso (fallito) tra l'esigenza del sistema bancario che tendeva a schierarsi con il beneficiario e l'esigenza contrapposta degli ordinanti che cercavano di vincolare l'adempimento monetario del garante alla verifica della legittimità della richiesta di escussione». Cfr. A. DI MEO, *Le nuove norme sulle garanzie a richiesta (le URDG 758) della Camera di Commercio internazionale*, in *Contr. impr. Eur.*, 2010, p. 870 ss. p. 870 ss.

134 G. AFFAKI, R. GOODE, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758*, Paris, 2011. In tema, v. le riflessioni di G. STELLA,*Garanzie autonome e Uniform Rules for Demand Guarantees*, in *Resp. civ. prev., 2015,* p. 370 ss.; ID., *Le clausole dei contratti del commercio internazionale*: *Uniform Rules for Demand Guarantees(URDG)*, in G. ALPA (a cura di), *Le clausole dei contratti del commercio internazionale. Seminario del 20 giugno 2014*, Milano, 2016, p. 91 ss.; A. MONTANARI, *Garanzia autonoma e autonomia privata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, I, p. 362 ss. Per J.-P. MATTOUT, *La révision des Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande*

L'insieme disciplinare, di natura non imperativa, presenta caratteri di chiarezza ed equilibrio: connotati che conferiscono al testo l'attitudine a poter essere concretamente adoperato nella pratica[135].

Un altro punto di contatto con le ragioni dell'impresa risiede nella valutazione dell'operazione di garanzia nel suo complesso, vale a dire, in uno scrutinio globale non limitato al solo contratto di garanzia intercorrente tra garante e beneficiario. Funzional-mente, ciò è d'ausilio (potremmo, anche, dire che ne irrobustisce la tenuta) al piano concettuale dell'autonomia d'impresa e alle ripercussioni che da questa discendono in termini sia di causa che di oggetto contrattuale[136].

Ancora, malgrado rispetto alla prospettiva del DCFR non sia espressamente escluso il ricorso alle garanzie autonome a prima richiesta da parte di persone fisiche/consumatori – l'art. 2 nel delineare il garante stabilisce che esso risponda al soggetto che emette una garanzia e che opera per conto proprio –, non sembrerebbe ardimentoso escludere tra i soggetti emittenti della garanzia e della contro garanzia tutti coloro i quali non rivestano la qualifica di istituti di credito. Infatti, sia la serie di comportamenti prescritti che la natura della fattispecie contrattuale in esame, oltre a essere tipiche della pratica commerciale, arrecano il rischio di esporre a soverchi ed irreparabili pregiudizi garanti non professio-nali[137].

Preme, ora, effettuare una disamina critica delle disposizioni maggiormente rilevanti.

Le URDG soddisfano l'esigenza di affidabilità e snellezza dei meccanismi procedimentali del consenso e di chiarezza del testo regolamentare. Prevalgono brevità e concisione, intellegibilità e trasparenza delle disposizioni[138]. Il proposito di regolare nel modo più neutrale ed equilibrato possibile i rapporti contrattuali tra i soggetti coinvolti viene corroborato da quanto divisato agli artt. 2 e 3[139]. Mutuando l'impostazione consueta dei contratti di *common law*, si apprestano definizioni tecniche soggettive e oggettive e si forniscono linee

---

(n°758), in *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1297, l'ambizione della regolamentazione internazionale «*[…] est de faciliter, grace à la qualité des Règles proposées, l'adoption de nouvelles pratiques remplacant progresivement les pratiques nationales et les textes approximatifs, sources d'incertitude et pour finir d'insecurité juridique*». L'A. aveva affrontato il tema già in occasione della seconda edizione da parte della Camera di Commercio Internazionale: *De nouvelles règles de la CCI pour les lettres de crédit* stand by, in AA. VV., *Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Paris, 2000, p. 99 ss.

135 Ancora, S. PIEDELIÈVRE, *Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande*, in *RTDComm.*, 2011, p. 515 avvisa che *«[…] certitude et prévisibilité sont indispensables en cette matière. De ce point de vue, les RUDG 758 sont sans aucun doute une réussite qui devrait séduire donneurs d'ordre, garants et béneficiaires*».

136 Per M. CUCCOVILLO, *Le nuove norme uniformi della camera di commercio internazionale sulle garanzie a prima richiesta (pubblicazione n. 458/2010)*, cit., p. 213, nt. 11, per cui leggendo le UDRG si assisterebbe ad «[…] una prospettiva di tipo "funzionale" che confermerebbe la ricerca del referente causale nell'insieme dell'operazione, superando la visione atomistica della garanzia a prima richiesta».

137 M. CUCCOVILLO, *Le nuove norme uniformi della camera di commercio internazionale sulle garanzie a prima richiesta (pubblicazione n. 458/2010)*, cit., p. 214.

138 Sul punto, ancora una volta, v. M. CUCCOVILLO, *Le nuove norme uniformi della camera di commercio internazionale sulle garanzie a prima richiesta (pubblicazione n. 458/2010)*, cit., p. 214 per cui «[…] tutte le disposizioni debbono essere chiaramente intellegibili, perché una formulazione poco chiara è nociva per tutte le parti: per il beneficiario che non potrà sfuggire a lunghe contestazioni in sede di escussione che il ricorso a una garanzia indipendente ha per scopo di evitare; per la banca garante che, davanti a un testo poco chiaro, al momento dell'escussione della garanzia, è divisa tra l'esigenza di salvaguardare la sua credibilità commerciale davanti al beneficiario e la fedeltà agli interessi del cliente; per lo stesso debitore-ordinante che, se può essere tentato di usare l'ambiguità del testo per sfuggire alle conseguenze dannose del pagamento della garanzia, ne subirà più tardi le ripercussioni, dal momento che il beneficiario, non potendo ottenere soddisfazione puntuale e immediata dei propri diritti, perderà ogni fiducia nel debitore ordinante e nella banca garante di questo».

139 G. STELLA, *Garanzie autonome eUniform Rules for Demand Guarantees*, cit., p. 380.

guida interpretative che coadiuvano le parti nel *drafting* del documento negoziale e possono risultare assai utili in sede di ermeneutica contenziosa[140].

Un altro profilo di favore potrebbe annidarsi nella natura dispositiva delle regole predisposte dalla Camera di Commercio. Esse trovano applicazione solo ove espressa-mente menzionate nei contratti a primi richiesta, secondo il meccanismo dell'*opting in*[141] (art. 1). In tal senso, inoltre, militano la definizione della prestazione conforme (art. 2) – per cui, prestazione conforme a fronte di una garanzia significa una presentazione conforme *in primis* ai termini ed alle condizioni della garanzia (in omaggio all'elemento documen-tario/letterale) e *in secundis* alle norme URDG ove compatibili con tali termini e condizioni – e la strutturazione dei limiti della responsabilità del garante a fronte della garanzia (art. 12) – ove il garante è tenuto verso il beneficiario sino all'importo della garanzia solamente in conformità ai termini ed alle condizioni delle medesime e, quindi, alle norme URDG ove compatibili con tali termini e condizioni[142].

Ciò posto, per meglio valutarne la corrispondenza delle URDG alle logiche d'impresa occorre esaminare il profilo dell'escussione della garanzia (art. 15). Essa deve essere accompagnata dai documenti stabiliti e affiancata da una dichiarazione del beneficiario che indichi sotto quale aspetto l'ordinante risulti essere inadempiente. La comunicazione non snatura la garanzia autonoma: il suo tenore squisitamente dichiarativo deve essere decodificato alla streguad'una previsione moralizzatrice, tesa a sensibilizzare il beneficiario circa la responsabilità che nei suoi riguardi verrebbe a sorgere in caso di dichiarazione mendace, non conforme o inadeguata.

L'importanza della disposizione contenuta all'art. 15 deve essere letta in uno scenario globale degli interessi coinvolti, qual è quello tratteggiato diffusamente dalle URDG. Sotto il profilo degli effetti può ricavarsene che: *a*) la dichiarazione aggiuntiva non determina alcun onere probatorio a carico del soggetto garantito circa l'inadempimento del debitore principale, né l'indicazione del *quantum* del danno lamentato[143]; *b*) la descrizione degli inadempimenti dell'ordinante facilita la prova dell'eventuale carattere abusivo dell'escussione, posto che una volta edotto il debitore principale della richiesta pervenuta (*ex* art. 16) questi potrà eventualmente opporsi[144]; *c*) il garante deve rimanere neutrale, non dovendo esaminare e valutare la veridicità della dichiarazione, limitandosi a verificare la conformità esteriore

---

[140] A. SANTILLI, *La revisione delle Norme Uniformi della Camera di Commercio Internazionale per le Garanzie a Prima Richiesta,* in *Giur. it.,* 2012, p. 1717; S. PIEDELIÈVRE, *Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande*, cit., p. 514.

[141] V. M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretes*, cit., p. 38.

[142] J.-P. MATTOUT, *La révision des Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (n°758)*, cit., p. 1297; S. PIEDELIÈVRE, *Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande*, cit., p. 514.

[143] Spiega G. STELLA,*Garanzie autonome eUniform Rules for Demand Guarantees*, cit., p. 381 ss., che «come si desume anche dai moduli tipo di garanzia a prima richiesta allegati alle URDG, in caso di garanzia di buona esecuzione, le dichiarazioni a supporto possono avere un tenore generico, senza la necessità per il beneficiario di comprovare la sua affermazione o fornire dettagli tecnici della violazione. La dichiarazione a supporto potrebbe, ad esempio, indicare: "l'esecuzione del contratto non è stata completata entro la data prevista", "sono state realizzate opere difettose", "è stata fornita una quantità di merce ridotta rispetto alle previsioni nel contratto", ecc.».

[144] Per J. P. MATTOUT, *La révision des Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (n°758)*, cit., p. 1298, «*la déclaration poursuit un double but: responsabiliser le bénéficiaire en lui demandant de motiver son appel et faciliter éventuellement la contestation, a posteriori, par le donneur d'ordre auprès du bénéficiaire*».

dei documenti alle clausole di garanzia[145]; *d*) in nessun caso la dichiarazione è prevista al fine di attenuare o ritardare le obbligazioni gravanti sul garante o sul contro garante[146]; *e*) la dichiarazione àncora l'escussione all'inadempimento del debitore rispetto al rapporto principale, venendo, di conseguenza, indebolita la funzione di copertura dei rischi atipici della garanzia[147].

Il sistema sinora delineato parrebbe compatibile con le esigenze della prassi e non scoraggerebbe il ricorso a tale congegno regolamentare. Balza a mente, però, a differenza di quanto previsto nel DCFR e nella convenzione Uncitral, l'assenza di una disciplina caratterizzante l'escussione abusiva della garanzia. Tale profilo è inteso essere attinente ai principi di ordine pubblico, rimandando alle regole dei singoli ordinamenti e delle singole giurisdizioni nazionali[148].

Ciò, però, potrebbe mettere a repentaglio l'edificazione di un quadro disciplinare incline alla certezza delle operazioni negoziali di garanzia a prima richiesta[149]. Infatti, da un lato si annida la possibilità che il garante, nel valutare e contrastare la frode del beneficiario, faccia ricorso a eventuali documenti estranei alla garanzia (ad esempio offerti dal debitore), addivenendosi, di tal fatta, a un contrasto con quanto divisato agli artt. 12 e 19 che conchiudono i documenti esaminabili in quelli indicati nel testo della garanzia. Dall'altro lato, rimettere agli ordinamenti interni la disciplina della tutela per l'escussione abusiva porta con sé il rischio di una lettura largheggiante dei presupposti legittimanti la paralisi della pretesa del beneficiario (vale a dire, riconoscere la possibilità di sollevare eccezioni anche in assenza di una prova evidente della frode), idonea a pregiudicare l'essenza e la funzione della garanzia autonoma[150].

8. L'analisi comparata ha lasciato emergere profili critici ma anche guadagni concettuali. Il ruolo dell'impresa nelle garanzie autonome emerge in modo netto.

---

[145]G. STELLA,*Garanzie autonome eUniform Rules for Demand Guarantees*, cit., p. 382; S. PIEDELIÈVRE, *Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande*, cit., p. 517 ss.; J. P. MATTOUT, *La révision des Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (n°758)*, cit., p. 1298.

[146]J. P. MATTOUT, *La révision des Règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande (n°758)*, cit., p. 1298.

[147] Spiega M. CUCCOVILLO, *Le nuove norme uniformi della camera di commercio internazionale sulle garanzie a prima richiesta (pubblicazione n. 458/2010)*, cit., p. 218, che «l'astrattezza della garanzia consentirebbe, infatti, di coprire non soltanto il rischio di inadempimento, ma anche quello legato a qualunque altro accadimento che precluda al beneficiario l'accesso ai vantaggi dell'operazione economica principale. La versatilità delle garanzie indipendenti permette, in particolare, di coprire i c.d. rischi atipici normalmente connessi ad operazioni commerciali internazionali, come ad esempio, la possibilità che il contraente straniero invochi la nullità del contratto principale avvalendosi di norme ignote alla controparte, o il factum principis che renda impossibile l'esecuzione della prestazione del contraente estero». In generale, sull'effetto negoziale di copertura dei rischi atipici della garanzia autonoma, v. F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, cit., p. 138 ss.

[148]G. STELLA,*Garanzie autonome eUniform Rules for Demand Guarantees*, cit., p. 388. Per una recente rassegna, densa di riferimenti comparati, v. G.B. BARILLÀ, *Clausola "a prima richiesta", prova della frode e condictio indebitinelle garanzie autonome tra commercio interno e internazionale*, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 2016, II, p. 449 ss. Per una casistica giurisprudenziale, F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, cit., p. 91 ss.

[149] Per una riflessione più estesa tra uniformazione internazionale e diritto interno, G. BROGGINI, *Le garanzie nei contratti internazionali*, in *Banca, borsa, tit. cred.,* 2000, I, p. 351 ss.

[150]G. STELLA,*Garanzie autonome eUniform Rules for Demand Guarantees*, cit., p. 388.

Lo si è potuto dedurre per mezzo della teoria italiana dell'autonomia d'impresa, volta a rimarcare il distacco disciplinare tra il contratto dell'individuo e quello realizzato in una relazione d'impresa.

La soluzione francese di codificare la garanzia autonoma pare recepire le istanze d'impresa tipicamente espressive di questo negozio. Oltre ad una formulazione letterale elastica, la garanzia autonoma nell'ordinamento francese acquista una spiccata conformazione d'impresa anche per via dell'inibizione del ricorso ad essa in caso di credito al consumo.

Nel DCFR, invece, si procede alla distinzione tra garanzie dipendenti e indipendenti tra garanzie del consumatore e garanzie personali altrimenti accessibili. Si ricavano indici, tra cui il tenore dispositivo del testo, per rimarcare la centralità dell'impresa nella garanzia autonoma.

La convenzione Uncitral, di contro, offre una disciplina dettagliata e dal tenore imperativo. Pur costituendo un alto momento di tutela delle istanze d'impresa in materia di garanzia personale del credito, le esigue ratifiche statali ne conferiscono scarso *appeal*[151].

Dalla Camera di commercio internazionale, invece, malgrado alcune omissioni, la garanzia autonoma viene disciplinata tenendo conto dell'assetto globale sottostante. Un'ispirazione, questa, funzionale alle logiche d'impresa. Può, infine, rilevarsi come discorrere di garanzia autonoma richieda di porre attenzione non solo alle peculiarità che soggettivamente e oggettivamente innervano le singole fattispecie[152]. Vieppiù, merita attenzione il piano dell'attività[153]. Il contratto non rimane più un momento isolato ma si inserisce all'interno di una cornice più ampia[154]. Tuttavia, non ne discende solo una pura trasposizione dei caratteri degli atti in un contesto più largo, quanto può esserne apprezzata la differente dinamica di operatività e validazione degli atti dovuta alla carica regolatrice dell'attività[155].

Attraverso questa prospettiva potrebbero superarsi le angustie legate alla garanzia del credito nella visuale individualista e approdare verso un sistema agevole e dinamico[156].

---

[151] Il richiamo alle regole Uncitral da parte della giurisprudenza italiana impegnata in tema di garanzia autonoma risulta assai modesto. Cfr. oltre a Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.; Trib. Terni, 22 marzo 2010, n. 278; Trib. Lucca, 20 novembre 2012, 1217; Trib. Rimini, 12 dicembre 2014, n. 4945.

[152] In giurisprudenza l'intima connessione del contratto autonomo di garanzia con le logiche d'impresa appare in Cass., Sez. VI, 5 dicembre 2016, n. 24846. Su questa pronuncia, v. F. MEZZANOTTE, *Contratto autonomo di garanzia e tutele consumeristiche*, in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2017, p. 420 ss.

[153] Per P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1969, p. 205, nt. 19 per cui «[…] non si deve tanto risalire dall'atto all'attività, come tradizionalmente si fa, quanto piuttosto discendere dall'attività agli atti che la puntualizzano per osservare, il collegamento, il condizionamento loro impresso dall'essere momenti od aspetti dell'attività». V., anche, F. ALCARO, *La categoria dell'attività: profili ricostruttivi. (Atti e attività. L'attività d'impresa)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 417 ss.

[154] L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, cit., p. 17. In riferimento alle garanzie bancarie, v. C. ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, cit., p. 1023 e recentemente, valorizzando il concetto dell'operazione economica, G.B. BARILLÀ, Performance bond *tra contrattazione d'impresa e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, cit., p. 121 ss.

[155] Secondo A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 532 «rileva non la logica dell'atto – ovvero della sequenza degli atti ordinati ad un programma e a un'operazione unitaria –, quanto la modalità in cui il singolo atto s'inserisce nelle rispettive attività d'impresa».

[156] Possono essere ricordate le parole di E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali d'impresa*, Milano, 1975, p. 13 per cui la contrattazione individualista risulta «[…] lenta nella conclusione, ponderata nei contenuti».

GIURISPRUDENZA

Conflit de lois - Régimes matrimoniaux - Régime légal - Détermination - Modification au cours du mariage - Conditions - Stipulation expresse - Applications diverses

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 13 décembre 2017, 16-27.216, Publié au bulletin

La Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, prévoit, à l'article 6, alinéa 1, que les époux peuvent, au cours du mariage, soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable et, à l'article 11, que cette désignation doit faire l'objet d'une stipulation expresse. Viole ces dispositions une cour d'appel qui retient que la déclaration des époux, dans des actes d'achat et de donation, selon laquelle ils sont « soumis au régime de la communauté, selon le droit français », valait désignation du régime français de la communauté de biens, alors que, mentionnée dans des actes notariés poursuivant un autre objet, elle ne traduisait pas la volonté non équivoque des époux de soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle le régissant jusqu'alors et ne pouvait constituer une stipulation expresse portant désignation de la loi applicable

ARRÊT

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS
LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant:

Sur le moyen unique, pris en sa première branche:
Vu les articles 6, alinéa 1, et 11 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, ensemble l'article 21 de cette Convention;
Attendu que, selon le premier de ces textes, les époux peuvent, au cours du mariage, soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable; que, selon le deuxième, cette désignation doit faire l'objet d'une stipulation expresse;
Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Z... et Mme Y... se sont mariés en 1982, sans contrat préalable, en Algérie, où sont nés leurs trois enfants; qu'ils se sont installés en France en 1995 et ont acquis la nationalité française ; qu'ils se sont opposés, après le prononcé de leur divorce, sur la détermination de leur régime matrimonial;
Attendu que, pour dire que le régime matrimonial des époux est le régime français de la communauté réduite aux acquêts, après avoir énoncé qu'au regard du lieu de leur mariage et de leur premier domicile conjugal, le droit applicable à leur régime matrimonial est le droit algérien, leur installation en France et le changement de nationalité étant sans incidence, l'arrêt retient qu'il ressort de la déclaration de M. Z... et Mme Y... contenue dans un acte d'achat d'un bien immobilier du 15 septembre 2000 et dans un acte de donation entre eux du 7 septembre 2001, selon laquelle ils sont « soumis au régime de la communauté, selon le

droit français », que ceux-ci ont, en cours de mariage, désigné leur régime matrimonial comme étant le régime français de la communauté des biens, comme les y autorise l'article 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, applicable avec effet rétroactif;
Qu'en statuant ainsi, alors que cette déclaration, mentionnée dans des actes notariés poursuivant un autre objet, ne traduisait pas la volonté non équivoque des époux de soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle le régissant jusqu'alors et ne pouvait constituer une stipulation expresse portant désignation de la loi applicable, la cour d'appel a violé les textes susvisés;
PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen:
CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 6 octobre 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Rouen; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles;
Condamne M. Z... aux dépens;
Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes;
Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé;
Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du treize décembre deux mille dix-sept.
MOYEN ANNEXE au présent arrêt
Moyen produit par la SCP Ortscheidt, avocat aux Conseils, pour Mme Y...
Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir dit que le régime matrimonial des époux était le régime français de la communauté réduite aux acquêts et que les biens dépendant de la communauté, aujourd'hui dissoute, comportent l'immeuble de [...] (76), les murs commerciaux du local de Toulouse et l'immeuble de [...] à Oran (Algérie);
AUX MOTIFS PROPRES QU'au soutien de son appel, Malika Y... fait valoir que le régime matrimonial applicable est le régime légal algérien alors que les époux se sont mariés en Algérie en 1982, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales excluant l'application d'un autre droit, alors même que les époux ont acquis la nationalité française et qu'ils vivent depuis de nombreuses années en France ; que pour sa part, Mohammed Z... se prévaut des dispositions des articles 2 et 6 de la convention de La Haye du 14 mars 1978, entrée en vigueur le 1er septembre 1992, sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux et fait valoir que les parties ont entendu se soumettre volontairement au droit français, ainsi qu'il résulte de l'acte par lequel les époux ont acquis le bien situé à [...] le 15 septembre 2000 et la donation qu'ils se sont consentie par acte en date du 7 septembre 2001 ; qu'en l'espèce, le mariage ayant été célébré à Oran le 13 juin 1982, sans contrat de mariage, les époux étant alors domiciliés en Algérie, le droit applicable à leur régime matrimonial est le droit algérien, l'installation des époux en France en 1995 étant sans incidence, de même que le changement de nationalité, le mari, de nationalité algérienne lors du mariage, ayant été réintégré dans la nationalité française par décret du 6 mai 1999 ; qu'en effet, le principe de l'immutabilité du régime matrimonial exclut de faire application d'un autre droit aux époux, sauf si les parties ont expressément convenu en cours de mariage de soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable, comme les y autorise l'article 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux ; qu'en l'espèce, les époux ont acquis ensemble un bien immobilier situé commune de Saint Martin du Vivier, suivant acte reçu le 15 septembre 2000 par Maître C...,

notaire à Ry, les époux ayant déclaré être soumis au régime de la communauté, selon le droit français; que par ailleurs, Malika Y... a consenti à une donation entre époux portant sur l'universalité des biens et immeubles composant sa succession, suivant acte reçu par Maître C... le 7 septembre 2001, les époux ayant déclaré qu'ils sont soumis au régime de la communauté selon le droit français; qu'ainsi, il ressort de ce qui précède que les époux ont, en cours du mariage, désigné leur régime matrimonial comme étant le régime français de la communauté des biens, l'article 6 de la Convention de La Haye étant applicable avec un effet rétroactif, de telle sorte que le bien acquis par l'épouse le 29 mars 1995 situé à Oran [...] est soumis au régime de la communauté entre époux du droit français comme les autres biens acquis après leur installation en France en 1995 ; qu'à cet égard, il ne saurait être retenu que les dispositions de l'article 1397-4 du code civil résultant de la loi du 27 octobre 1997 font obstacle à l'effet rétroactif voulu par la Convention de La Haye qui prévaut sur le texte national ; qu'ainsi, il y a lieu de débouter Malika Y... des fins de son appel et de confirmer le jugement du 13 février 2015 en toutes ses dispositions;
AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE sur la demande consistant à dire que le régime matrimonial des ex-époux était soumis à la loi algérienne et, à défaut de contrat de mariage, au régime légal algérien, à savoir, un régime de séparation de biens, les époux sont nés en ALGERIE, se sont mariés à ORAN en 1982 , ont eu trois enfants, ont vécu après leur mariage une douzaine d'années en ALGERIE; qu'ils se sont installés en France en 1995, à TOULOUSE d'abord, semble-t-il (pièces déf. 19-20); qu'ils ont acquis en 1996 un terrain et ont fait construire dessus leur domicile conjugal à [...]; qu'ils ont fait un investissement locatif à TOULOUSE. Mr Z... aurait la nationalité française depuis 1999; que Mme Y... aurait la nationalité marocaine; qu'au moment du divorce, il était retenu les situations suivantes, ancrées en France: M. Z... est professeur ou directeur de recherche au CNRS, pour un salaire de l'ordre de 56 400 € (en 2009) et Mme Y... maître de conférence en FRANCE, pour un salaire de 43 000 € sur la même année, soit un partage 56 % - 44 % des revenus du couple; qu'en 2010 les revenus sont restés du même ordre, 57 300 € et 45 100 € (heures supplémentaires comprises); que les ex-époux vivent toujours en France; que la maison près d' ORAN paraît avoir un aspect de villégiature ou de bien familial; que lors des deux actes notariés régularisés par les époux, d'une part l'achat du terrain à SAINT MARTIN DU VIVIER le 15 septembre 2000, devant Me C..., notaire à RY, et d'autre part une donation entre époux, signée le 7 septembre 2001 devant le même notaire, les époux Z... sont indiqués comme "se déclarant soumis au régime de la communauté, selon le droit français" (pièces déf. 2 et 3); que le notaire saisi est un notaire français; que les époux vivent en FRANCE, les enfants y vivent et y font leurs études; que la règle de conflit française a priori applicable en l'absence de convention internationale, il n' y en a pas entre la FRANCE et l' ALGERIE, désigne comme loi applicable, la loi voulue par les époux indiquée par la loi du lieu de leur établissement de mariage et notamment par la loi du premier domicile de la famille, présomption de volonté; que la Convention de La HAYE du 14 mars 1978 traduit la même doctrine, cf. article 4; que la "première residence" des époux n'est qu'un premier indicateur de la véritable volonté des époux qui se traduit par le critère de la "résidence habituelle" des époux, ou de lieu d'établissement, ou de l'Etat avec lequel existe "les liens les plus étroites"; qu'en l'espèce, en dehors des douze années de vie conjugale (sur trente) en ALGERIE, tous les facteurs de rattachement sont avec la FRANCE, ainsi qu' il a été montré plus haut; que telle a été aussi la volonté explicite des époux avant leur divorce dans les actes précités; qu'il n'est donc en rien douteux que la loi applicable est

la loi française, et le régime matrimonial applicable, le régime légal de la communauté réduite aux acquêts, et ce pour toute la durée du mariage; qu' il en sera ainsi décidé; 2°) sur la demande tendant à écarter de la liquidation un bien dont elle est propriétaire en Algérie, à [...], et tout autre bien le cas échéant, cette demande est faite par Mme Y... sans moyen juridique ; que la juridiction ne voit pas pourquoi tel ou tel bien serait à retirer du patrimoine commun des époux; qu'il est exact d'ailleurs que Mme Y... a essayé de le soustraire à la liquidation en le présentant lors du premier rendez-vous le 24 octobre 2012 chez Maître B. D... comme "appartenant en propre à ses parents2 (pièce dem. n° 13); qu'il est désormais acquis que ce bien a été acquis au nom de Mme Y... avec un financement commun des époux; que la communauté a vocation à embrasser tous les biens acquis par l'un et l'autre des époux pendant le mariage ; qu'il faisait donc partie de la communauté et il fait partie de l'indivision post-communautaire à liquider;
1°) ALORS QUE suivant l'article 11 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, la désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage ; que suivant l'article 6 de la même convention, les époux peuvent, au cours du mariage, soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable; qu'il résulte de la combinaison de ces textes que le changement de loi applicable suppose une stipulation expresse par laquelle les parties déclarent, au cours du mariage, soumettre leur régime matrimonial à une loi autre que celle jusqu'alors applicable; qu'en statuant comme elle l'a fait, après avoir constaté que «le mariage ayant été célébré à Oran le 13 juin 1982, sans contrat de mariage, les époux étant alors domiciliés en Algérie, le droit applicable à leur régime matrimonial est le droit algérien», motif pris que «les époux ont, en cours de mariage, désigné leur régime matrimonial comme étant le régime français de la communauté des biens», quand la déclaration contenue dans l'acte de vente du 15 septembre 2000 et dans l'acte de donation du 7 septembre 2001, selon laquelle les époux sont «soumis au régime de la communauté, selon le droit français», sans précision de la loi jusqu'alors applicable, n'est pas une stipulation expresse traduisant la volonté non équivoque des parties de changer la loi applicable à leur régime matrimonial, la cour d'appel a violé, par fausse application, les articles 6 et 11 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, ensemble l'article 21 du même texte;
2°) ALORS QUE suivant l'article 13 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, la désignation par stipulation expresse de la loi applicable doit revêtir la forme prescrite pour les contrats de mariage, soit par la loi interne désignée, soit par la loi interne du lieu où intervient cette désignation; que suivant l'article 1396, alinéa 3, du code civil, dans sa rédaction applicable à l'espèce, «le mariage célébré, il ne peut être apporté de changement au régime matrimonial que par l'effet d'un jugement»; qu'en statuant comme elle l'a fait, motif pris que «les époux ont, en cours de mariage, désigné leur régime matrimonial comme étant le régime français de la communauté des biens», sans constater l'existence d'un jugement ayant homologué le prétendu changement de loi applicable au régime matrimonial, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 13 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, ensemble l'article 1396 du code civil, dans sa rédaction applicable à l'espèce;
3°) ALORS, SUBSIDIAIREMENT, QUE suivant l'article 13 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, la désignation par stipulation expresse de la loi applicable doit revêtir la forme prescrite pour les contrats de mariage,

soit par la loi interne désignée, soit par la loi interne du lieu où intervient cette désignation; que suivant l'article 1394, alinéa 2, du code civil, dans sa rédaction applicable à l'espèce, «Au moment de la signature du contrat, le notaire délivre aux parties un certificat sur papier libre et sans frais, énonçant ses nom et lieu de résidence, les noms, prénoms, qualités et demeures des futurs époux, ainsi que la date du contrat. Ce certificat indique qu'il doit être remis à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage»; qu'en statuant comme elle l'a fait, motif pris que «les époux ont, en cours de mariage, désigné leur régime matrimonial comme étant le régime français de la communauté des biens», sans constater l'existence d'un certificat remis aux parties par le notaire et contenant les mentions imposées par la loi française applicable aux contrats de mariage, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 13 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, ensemble l'article 1394 du code civil, dans sa rédaction applicable à l'espèce.

Poligamia- Pension De Viudad
Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018. Recurso nº98/2017
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo

El Tribunal Supremo reconoce el derecho de dos viudas de un soldado marroquí polígamo que sirvió al ejército español en el Sáhara a compartir la pensión de viudedad
La pensión, que sí tenía reconocida la primera mujer, se distribuirá a partes iguales entre las dos viudas

SENTENCIA
TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 84/2018
Excmos. Sres. y Excma. Sra.
D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, presidente
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva
Da. María del Pilar Teso Gamella
D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo

En Madrid, a 24 de enero de 2018.
Esta Sala ha visto el recurso de casación no 98/2017, interpuesto por doña Maribel , representada por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén y defendida por la Letrada doña Beatriz García- Tuñón Mederos, contra la Sentencia dictada el 18 de octubre de 2016 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid en el recurso contencioso administrativo no 467/2015 , sobre pensión de viudedad de clases pasivas del Estado.
Se ha personado en este recurso, como parte recurrida, la Abogacía del Estado con la representación que legalmente ostenta de la Administración General del Estado.
Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, sección octava, se ha seguido el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de doña Maribel contra la Resolución del Ministerio de Defensa de fecha 9 de febrero de 2015, por la que se desestima el recurso de Alzada que había sido interpuesto contra resolución que con fecha 25 de noviembre de 2013 fue dictada por la Dirección General de Personal, de la Subdirección General de Recursos de la Secretaría General Técnica del Ministerio, y que acordó denegarle la solicitud de pensión de viudedad.
En dicho recurso, tal como consta en el expediente administrativo remitido fue debidamente emplazada doña Socorro, en su condición de primera esposa del súbdito marroquí causante de la pensión don Argimiro , sin que compareciera en forma.

SEGUNDO.- La sentencia recaída en ese proceso con fecha 18 de octubre de 2016 contiene el siguiente Fallo:

<<Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso Contencioso Administrativo, Procedimiento Ordinario número 467/2015, interpuesto por Da Maribel , representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén asistida de la Letrada Da Beatriz García-Tuñón Mederos, siendo parte demandada el Ministerio de Defensa representado y asistido por el Abogado del Estado contra la Resolución del Ministerio de Defensa, de fecha 9/2/2015, por la que se desestima el recurso de Alzada formulado por la recurrente, contra resolución de fecha 25/11/2013, denegatoria de la pensión de viudedad instada, expediente NUM000 . Sedesestima la pretensión instada al no encontrarse el supuesto de hecho contemplado en la normativa vigente aplicable al caso RD Legislativo 670/87 en su artículo 38 y no acreditarse vulneración del artículo 14 de la CE , por concurrir un supuesto de "bigamia".

Declaramos la conformidad a derecho de las resoluciones recurridas que se confirman, con todas las consecuencias legales inherentes a dicho pronunciamiento.

Procede la imposición de costas a la parte recurrente al haberse desestimado la pretensión, en vigor la Ley 37/2011.>>.

TERCERO.- Contra la mentada Sentencia se preparó recurso de casación ante la Sala de instancia, que ésta tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos y expediente administrativo a este Tribunal, ante el que la parte ahora recurrente interpuso el citado recurso de casación.

CUARTO.- Mediante auto dictado por la Sección Primera de esta Sala de 21 de marzo de 2017 , se acordó lo siguiente:

<<Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de doña Maribel contra la sentencia 474/2016, de 18 de octubre de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid dictada en el procedimiento ordinario núm. 467/2015.

Segundo. Precisar que las cuestiones en las que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

1. Si la constatación de una situación de poligamia impide, por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado, regulado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, a favor de todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado espanol

2. Si el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979 , resulta aplicable a efectos de ampliar o extender la condición de beneficiarias de pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas, en una situación de poligamia, con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español.

3. En caso afirmativo, cuál ha de ser el criterio para el cálculo del importe de la pensión de viudedad correspondiente a las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 38 y 39 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril , por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado en relación con elartículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979.>>.

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso, presentado el día 19 de abril de 2017, la representación procesal de doña Maribel solicita se case y anule la sentencia recurrida y se estime el recurso de casación en los términos interesados.

SEXTO.- Mediante Providencia de 30 de mayo de 2017, se da traslado del escrito de interposición a la parte recurrida que presenta escrito de oposición el 1 de junio de 2017, en el que solicita se dicte sentencia totalmente desestimatoria del recurso de casación interpuesto de contrario.
SÉPTIMO.- Por providencia de 13 de septiembre de 2017 se acuerda, de conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción , que ha lugar a la celebración de vista pública y por providencia de 30 de noviembre de 2017 se señala para el día 16 de enero de 2018, fecha en que tuvo lugar dicho acto. Con fecha del siguiente 18 de enero de 2017 la sentencia fue entregada para su firma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *La sentencia recurrida*
El presente recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada el día 18 de octubre de 2016 por la sección octava de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid , que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por doña Maribel contra la Resolución del Ministerio de Defensa de fecha 9 de febrero de 2015, por la que se desestimó el recurso de Alzada que había sido interpuesto contra resolución de fecha 25 de noviembre de 2013 de la Dirección General de Personal, de la Subdirección General de Recursos de la Secretaría General Técnica del Ministerio, y que acordó denegarle la pensión de viudedad que había solicitado.
La razón por la que fue denegada la pensión de viudedad por la Administración fue considerar que el régimen jurídico aplicable estaba integrado por la Orden de Presidencia de Gobierno de 1 de marzo de 1977 (Boletín Oficial del estado de 7 del mismo mes y año), por la que se dictan normas para el retiro del personal saharaui de la Policía Territorial de Sahara. Disponiendo su punto octavo que "las repetidas pensiones no serán transmisibles, y extinguido el derecho de un pensionista, no podrá recuperarse por ningún motivo". Consideró que tal norma era de aplicación por la previsión contenida en la Disposición adicional cuarta del Decreto de 22 de octubre de 1926 que reguló el Estatuto de Clases Pasivas, vigente al no haber sido derogado por el Real Decreto Legislativo 680/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado.
La sentencia impugnada, tras señalar la actuación administrativa que se recurre y resumir la posición procesal de las partes -sintetizando las alegaciones de la actora diciendo que "alegando en cuanto al fondo del asunto: infracción del derecho de la recurrente con vulneración del principio de igualdad en aplicación de la Ley al denegarle la pensión de viudedad pese a haberse reconocido a otras solicitantes, existiendo cambios de criterios en relación a la pensión de viudedad. Alega que el fallecido disponía de documento nacional de identidad bilingüe y había percibido prestación de retiro con arreglo a la legislación de Clases Pasivas"-, llega a la desestimación del recurso con los argumentos que desarrolla en los fundamentos de derecho cuarto a séptimo y que, en síntesis, son los siguientes:
(1) declara probado que la actora solicitó la pensión de viudedad tras el fallecimiento de su esposo - Argimiro en fecha 24/1/2013, quien era beneficiario de una pensión con cargo al erario público del Reino de España- y siendo su segunda esposa, teniendo reconocida la primera de ellas - Socorro - esa pensión por sentencia de la misma Sala y sección de 21 de julio de 2016 dictada en el procedimiento ordinario 463/2015;

(2) afirma que esa situación de bigamia acreditada está prohibida y penalizada por el artículo 217 y siguientes del código penal y, además, afirma que resulta incompatible con las normas aplicables y supone una situación de desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos, y como viene acogiendo de forma reiterada por la doctrina del Tribunal Supremo, citando las sentencias de 14 de julio de 2004 , 10 y 19 de junio de 2008 , 14 de julio de 2009 y de 4 de julio 2011 ;
3) mantiene que el tenor literal del artículo 38 del RD Legislativo 670/87, de 30 de abril , de Clases Pasivas del Estado, cuando determina las condiciones del derecho a la pensión lo hace expresando con toda claridad los diferentes supuestos que pueden concurrir y, así, configura de forma detallada para todos ellos los requisitos necesarios referenciados a una situación monógama pues alude "al cónyuge", no a los cónyuges, de manera que no se contempla en dicha normativa una situación de bigamia;
(4) rechaza la vulneración del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española pues es pacífica y reiterada la doctrina jurisprudencial y del Tribunal Constitucional en el sentido que dicho principio puede invocarse en términos de la legalidad y, en este caso, no concurre esa legalidad normativa al quedar acreditada la situación proscrita de "bigamia" y no contemplar el Real Decreto Legislativo 670/1987 la pensión de viudedad para casos como el presente, haciendo referencia el tenor literal del artículo 38 a "cónyuge" en singular.

SEGUNDO.- *La identificación del interés casacional*

El interés casacional del recurso ha quedado delimitado, a tenor de lo declarado mediante Auto de esta Sala Tercera (Sección Primera) de 21 de marzo de 2017 , a la determinación de si puede ser reconocida, o no, la condición de beneficiaria de una pensión de viudedad del régimen de clases pasivas del Estado, regulado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español, debiendo pronunciarnos sobre (1) si la situación de poligamia lo impide por ser contraria al orden público nacional, (2) si el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979 resulta aplicable a efectos de extender la condición de beneficiarias a todas las esposas y, (3) en caso afirmativo, cuál sería el criterio para el cálculo del importe de la pensión de viudedad que correspondería a todas ellas.
La resolución de la cuestión suscitada precisa de la aplicación e interpretación, al menos, del artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979 , y de los artículos 38 y 39 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril , por el que se regula el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

TERCERO.- *Delimitación del supuesto de hecho en el que se enmarcan las cuestiones de interés casacional*

Siendo estas las cuestiones a analizar y antes de resumir las posiciones de las partes conviene dejar delimitado que nuestra respuesta viene referida a un concreto y particular supuesto de hecho: el de un súbdito marroquí que sirvió como soldado de segunda en la Compañía Mixta de Ingenieros de la Policía Territorial de Sahara desde el 1 de diciembre de 1949 hasta el 31 de diciembre de 1959, fecha en la que pasó a la situación de retirado de conformidad con dispuesto por la Orden de Presidencia de 14 de junio de 1098 (Boletín Oficial del Estado de 12 de julio de 1980), generó derecho a pensión de retiro con cargo al erario público español, pensión que percibió hasta su fallecimiento el 23 de enero de 2013.

La sección octava de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid -mismo órgano que dicta la sentencia ahora impugnada- dictó sentencia el 21 de julio de 2016 en el procedimiento ordinario 463/2015 reconociendo la misma pensión de viudedad a quien era la primera esposa viuda del citado súbdito marroquí -doña Socorro - y, por tanto, ha reconocido que el fallecimiento del causante genera derecho a pensión de viudedad.
El examen de esa sentencia, ya publicada, pone de relieve que la razón de decidir fue el criterio fijado por esta Sala Tercera al resolver numerosos recursos, haciendo cita de diversas sentencias del años 2013, entre ellas la invocada por la hoy recurrente en la demanda presentada en el recurso contencioso administrativo que dio lugar a la sentencia impugnada, que era la dictada el 17 de mayo de 2013 -recurso de casación 821/2011 -, sentencia que consideraba acreditada la vulneración del principio de igualdad por no considerar justificado el cambio de criterio administrativo al resolver sobre el derecho a la pensión de viudedad. Es decir, la cuestión planteada en los recursos interpuestos por las dos esposas era la misma. No consta que esa sentencia haya sido impugnada.
CUARTO.- *Las alegaciones de las partes sobre el citado interés casacional.*
En el escrito de interposición, partiendo de afirmar que la sentencia impugnada vulnera el artículo 96 de la Constitución Española por no aplicar el Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979 -su artículo 23 , cuando dispone que "La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación."-, hace una exposición de las "líneas jurisprudenciales" existentes, concretando las siguientes:
1a) aquella que no admite los efectos del segundo o posteriores matrimonios por considerarlos nulos con arreglo a la normativa española y, por tanto, rechazan el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad de las segundas y posteriores esposas - sentencias de Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas de Cataluña -de 30 de julio de 2003 - y de Valencia -de 6 de junio de 2005 -.
2a) la que admite efectos al segundo y posteriores matrimonios y distribuye la pensión de viudedad en función del tiempo de duración de los matrimonios - sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid de 29 de julio de 2002 , de 26 de diciembre de 2004 y de 31 de mayo de 2005 .- La primera hace aplicación del artículo 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos .
3a) y, finalmente, la que admitiendo esos efectos, considera que la pensión de viudedad debe distribuirse en parte iguales entre todas las posibles esposas - sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia - de 2 de abril de 2002 - y de Andalucía - de 30 de enero de 2003 y de 18 de junio de 2015, ambas de la Sala de Málaga -. Las dos últimas hacen aplicación del artículo 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos .
La parte se muestra partidaria de esta última "línea jurisprudencial" y, a continuación, efectúa alegaciones sobre las cuestiones a las que el Auto de la sección primera de esta Sala de 21 de marzo de 2007 reconoció interés casacional objetivo. En síntesis, expone (1) que las razones de orden público que permitirían negar validez al matrimonio polígamo y que subyacen en las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que cita la sentencia impugnada y en la dictada por el Tribunal Constitucional 194/2014, de 1 de diciembre , no pueden excluir todos sus efectos, afirmando la existencia de un orden público atenuado que

permitiría, modulando el artículo 12.3 del código civil , reconocerle determinados efectos que denomina "periféricos" que beneficiarían a las partes más débiles del vínculo matrimonial y, entre ellos, la pensión de viudedad; (2) que de acuerdo con el sistema de fuentes, con el principio de jerarquía normativa y con las previsiones del artículo 96 de la Constitución Española los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno y, por ello, la previsión del artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979 , cuyo Instrumento de ratificación está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 de octubre de 1982 (en vigor desde el 1 de octubre de 1982 y modificado por el Protocolo Adicional de 27 de enero de 1998, publicado éste en el Boletín de 24 de noviembre de 2001) resulta procedente ampliar o extender la condición de beneficiarias de pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas, en una situación de poligamia, con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español, razón por la que debe reconocerse esa condición a la recurrente como segunda esposa de un súbdito marroquí perceptor de una pensión de retiro con cargo al Estado español; (3) que la aplicación del artículo 23 del citado Convenio impone la distribución por iguales partes de la pensión de viudedad entre todas las esposas que reúnan y acrediten esa condición.
Con base en todo ello termina suplicando la estimación del recurso, con anulación de la sentencia impugnada, y que se efectúa pronunciamiento por el que
1o) se efectúe reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no solo a la primera esposa del varón polígamo, sino también a la segunda o ulteriores esposas.
2o) que se reconozca la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad a la segunda o ulteriores esposas como efecto de matrimonio que contrajo el causante conforme a su legislación personal nacional.
3o) que el criterio del cálculo del importe de la pensión de las segundas o ulteriores esposas beneficiarias de la pensión será el de reparto por iguales partes entre todas ellas.
Por su parte, el Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso afirmando que la situación de poligamia, según sentencia de esta Sala de 4 de julio de 2011 -recurso de casación 5031/2008 - es contraria al orden público y, por ello, opuesta a la posibilidad de concesión de una pensión de viudedad, apreciación que no se ve alterada por el artículo 23 del Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos pues dicho precepto solo reconoce que la pensión, en caso de reconocimiento, debe repartirse por parte iguales entre las beneficiarias y, evidentemente, en referencia a la existencia de esposas legales, esto es, sin incurrir en la situación de bigamia. Por ello, añade, no existe vulneración alguna de los artículos 38 y 39 del Real Decreto Legislativo 670/1987 en tanto que en ellos se regulan las condiciones para ser beneficiario de la pensión con la expresión "cónyuge", es decir, en referencia a la esposa monógama y no a las polígamas
QUINTO.- *Examen de las cuestiones jurídicas que tienen interés casacional.*
A) Las dos primeras cuestiones, por la evidente relación que presentan, tal y como tendremos ocasión de ver
con nuestra exposición, serán analizadas conjuntamente.
Comenzaremos por decir que partimos de que los artículos 38 y 39 del Real Decreto Legislativo 670/1987 serían la fuente generadora del derecho a la pensión de viudedad de la recurrente (y de todas las esposas que de acuerdo con la ley personal del causante estuvieran simultáneamente con el causante perceptor de una pensión con cargo al estado español) y

de que su denegación por la sentencia impugnada en casación es consecuencia de concurrir una situación de poligamia del súbdito marroquí causante de ella, debiendo analizar si tal situación de poligamia integra una razón de orden público que justifica tal denegación. Ocurre, además, que la sentencia impugnada niega la pensión de viudedad por no estar contemplada más que para los supuestos de matrimonio monógamo en el artículo 38 del Real Decreto Legislativo 680/1987 .

Son múltiples las definiciones que pueden darse del orden público. De entre ellas podemos tomar aquella que lo conceptúa como el conjunto de principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social de un país y que inspiran su ordenamiento jurídico. Ahora bien, para llevar a cabo una aplicación de la cláusula de orden público del artículo 12.3 del código civil ("en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público") el examen de tales principios debe atender al sistema de valores reconocidos en la Constitución Española (STC 43/1986, de 15 de abril), a las previsiones de Tratados Internacionales que formen parte de nuestro ordenamiento jurídico por la dispuesto en el artículo 96 de nuestra Norma Fundamental y, además, por remisión de su artículo 10.2 de la Constitución Española , pudiendo estar en juego el sistema de derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce, éstos deberán ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Para determinar si la situación de poligamia es o no contraria al orden público a los efectos que aquí nos ocupan, la Sala territorial parte del criterio establecido por reiteradas sentencias de la sección sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre los efectos que tal situación -de poligamia- tiene a la hora de reconocer o no a un súbdito extranjero la nacionalidad española, criterio que es claramente contrario a tal posibilidad por valorar que la situación de poligamia constituye un dato o factor de especial y determinante relevancia que acredita la inexistencia de un grado suficiente de integración en la sociedad española. La sentencia que revisamos lo expone claramente en su fundamento de derecho sexto con cita de las sentencias de esta Sala de 14 de julio de 2004, de 10 y de 18 de junio de 2008, y de 14 de julio de 2009,y con transcripción de la dictada el 4 de julio de 2011 en lo siguiente: -- "*la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero (art. 12.3 CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP)*-- .

En esencia, la falta de reconocimiento de efectos al matrimonio polígamo destaca en la idea de que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer.

Nosotros no discutimos ahora esa conclusión general. Ahora bien, sí consideramos que este criterio no puede ser aplicado a nuestro caso puesto que, además de las notables diferencias de las situaciones de hecho subyacentes entre los casos analizados en esas sentencias y la que ahora nos ocupa, ocurre que aquí es el propio Estado Español quien, como sujeto de derecho internacional y a pesar de la proscripción del matrimonio polígamo en nuestro ordenamiento jurídico - cuestión no discutida incluso por la parte recurrente-, admite un determinado efecto a dicho matrimonio en el artículo 23 del Convenio de Seguridad Social

entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979 : que las sucesivas esposas del trabajador marroquí causante de la pensión puedan ser en España beneficiarias de esa pensión generada por el esposo polígamo y siempre que fuesen beneficiarias de dicha prestación según la propia legislación marroquí. Destacamos aquí cómo en el preámbulo del Convenio se dice:

" *El Gobierno de España y el Gobierno del Reino de Marruecos. Resueltos a cooperar en el ámbito social. Afirmando el principio de igualdad de trato entre los nacionales de los dos países en orden a las legislaciones de Seguridad Social de cada uno de ellos.*

Deseosos de asegurar a los trabajadores de cada uno de los dos países que ejerzan o hayan ejercido una actividad profesional en el otro país una mejor garantía de los derechos que ellos hayan adquirido.

Han decidido concluir un Convenio tendente a coordinar la aplicación, a los nacionales de los dos países, de las legislaciones de España y del Reino de Marruecos ".

A juicio de esta Sala, dada la situación que dicho Convenio tiene en nuestro ordenamiento jurídico tras ser publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 de octubre de 1982 y por el reconocimiento que le otorga el artículo 96 de la Constitución Española , la existencia del citado Convenio Internacional de carácter bilateral pone de relieve que en nuestro propio ordenamiento jurídico existe un concreto efecto reconocible para los matrimonios polígamos de súbditos marroquíes y, por tanto, *respondiendo a la primera de las cuestiones de interés casacional*, si el Estado Español reconoce esos efectos "atenuados" a las situaciones de poligamia de súbditos marroquíes, no es acertado oponer la cláusula general de orden público al reconocimiento de la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad, ello aunque nos encontremos en un supuesto de clases pasivas del Estado.

Efectivamente, la interpretación del artículo 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987 , cuando anuda el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad al hecho de ser "cónyuge supérstite" del causante de los derechos pasivos, ha de ser interpretado atemperándolo necesariamente a esos parámetros de igualdad, consagrados en el artículo 14 de la Constitución Española , en los casos en que nos encontremos con situaciones de poligamia de súbditos marroquíes, ello con el efecto de considerar cónyuge supérstite del súbdito marroquí polígamo a las sucesivas esposas que soliciten el abono de la pensión y que sean acreedoras de ese derecho en la legislación marroquí.

El citado artículo 23 del Convenio dispone que "*La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación* ". Dicho precepto legal establece, en los casos de existir poligamia, la forma de distribución de la pensión de viudedad causada en España por un trabajador marroquí entre quienes tengan la condición de beneficiarias según la legislación marroquí. De esta manera, lo que hace es admitir en España la condición de beneficiarias del causante que reconozca la legislación marroquí y, por tanto, la posibilidad de que las diversas y simultáneas esposas del causante puedan obtener una determinada cuantía de la pensión generada con cargo al erario público español por el esposo polígamo. Es decir, otorga la condición de beneficiaria a las sucesivas esposas por el reconocimiento de esa condición de beneficiaria en el país - Marruecos- donde se contrajo el matrimonio polígamo válidamente. De esta forma queda cohesionado el sistema pues ante la situación de matrimonios polígamos válidos conforme a la ley personal del causante - Marruecos- se admite la condición de beneficiarias múltiples con base a la normativa del mismo país para, partir de ello, fijar la forma de distribución. La razón de ser de tal remisión - "conforme a la legislación marroquí"- no puede ser otra que la de dar cobertura limi-

tada, ampliando o extendiendo la condición de beneficiarias, a las distintas mujeres que, de acuerdo con el ordenamiento marroquí, estuvieran simultáneamente casadas con el causante, en una institución o realidad social -la poligamia- que, siendo legal en Marruecos, en España sólo es contemplada por el derecho penal.
Es decir, el sentido del artículo 23 del Convenio, haciendo una interpretación integradora e igualitaria del párrafo primero del artículo 38 Real Decreto Legislativo 680/1987 , nos llevará necesariamente a entender referida la expresión "cónyuge supérstite" a quienes, en número superior a la unidad -y siempre mujeres-, hubieren permanecido simultáneamente casadas con el causante.
Obsérvese que no hacemos aplicación directa del artículo 23 del Convenio al régimen de clases pasivas del Estado, que por previsión normativa integra un régimen especial de la Seguridad Social para el personal sujeto a su ámbito de aplicación - artículo 1 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril , por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado- no previsto en el ámbito de aplicación delimitado por el artículo 2 del Convenio, sino que lo empleamos como criterio de interpretación válido por ser una previsión contenida en una norma de rango superior de nuestro ordenamiento jurídico y por estar en juego el principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución y en las Normas Internacionales sobre derechos humanos suscritas por España.
En conclusión, *en respuesta a la segunda de las cuestiones* , el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979 permite que, en el ámbito de clases pasivas del Estado y por vía interpretativa, pueda ampliarse la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad del súbdito marroquí causante de la pensión de viudedad a la segunda y sucesivas esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado Español.
Y en la *tercera de las cuestiones* de interés casacional, que se refiere a la forma en que debería repartirse entre esas múltiples beneficiarias la pensión de viudedad, *la respuesta* es ya obvia y ha sido admitida incluso por la defensa de la Administración del Estado sobre la base de que el artículo 23 del Convenio estipula que la distribución de la pensión será "por partes iguales". Por ello, el cálculo del importe de la pensión, partiendo de que estamos en un supuesto en que no consta ruptura del vínculo matrimonial antes del fallecimiento, se efectuará partiendo de que la pensión se distribuye por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el súbdito marroquí causante de la pensión.
SEXTO.- *La conclusión*
La presente sentencia, a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA , ha establecido en los precedentes fundamentos la interpretación de aquellas normas sobre las que el auto de admisión consideró necesario el enjuiciamiento del presente recurso de casación por esta Salsa Tercera del Tribunal Supremo y, conforme a ello, declarará:
1o) que la constatación de una situación de poligamia de un súbdito marroquí no impide, por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado, regulado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, a favor de todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español.
2o) que el artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979 , por la posición jerárquica que tiene en nuestro ordenamiento jurí-

dico tras ser publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 de octubre de 1982 y por el reconocimiento que le otorga el artículo 96 de la Constitución Española , permite que por vía interpretativa se pueda ampliar o extender la condición de beneficiarias de pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas, en una situación de poligamia, con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español que tenga origen marroquí, y que fuesen beneficiarias de la pensión según la legislación marroquí.
3o) que el cálculo del importe de la pensión se efectuará partiendo de que la pensión se distribuye por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante.
4o) que el recurso de casación debe ser estimado y, con anulación de la sentencia, apreciando la vulneración del principio de igualdad denunciada en la instancia y por no haber sido cuestionada en ningún momento por la Administración la condición de beneficiaria de la esposa reclamante según la legislación marroquí, se reconocerá a doña Maribel el derecho a la percepción de la pensión de viudedad generada por su fallecido esposo de origen marroquí, don Argimiro , con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente a su fallecimiento, acaecido el 24 de enero de 2013, y calculándose su importe partiendo de que la pensión se distribuye por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante. Así mismo, se reconocerá su derecho al cobro de los haberes dejados de percibir desde esa fecha y hasta la efectiva percepción de la pensión que se le reconoce, más los intereses legales que procedan desde la presentación de la solicitud y hasta su efectivo pago.
SÉPTIMO.- *Las costas procesales* .
De conformidad con el dispuesto en el artículo 93.4 de la LJCA tras la reforma por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la sentencia que se dicte resolverá sobre las costas de la instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de esta ley y dispondrá, en cuanto a las del recurso de casación, que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Por ello, se acuerda: a) no hacer imposición de las costas de la instancia por considerar evidente que el caso presentaba serias dudas de derecho por la dificultad que, por su singularidad, entraña la cuestión debatida. b) cada parte abonará, en cuanto a las del recurso de casación, las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido , con base en la respuesta dada en el fundamento jurídico quinto a las cuestiones de interés casacional planteadas:
1°) HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Maribel contra la Sentencia dictada el 18 de octubre de 2016 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid en el recurso contencioso administrativo no 467/2015
2°) ANULAR la citada sentencia, DECLARANDO el derecho doña Maribel a la percepción de la pensión de viudedad generada por su fallecido esposo de origen marroquí, don Argimiro, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente a su fallecimiento, acaecido el 24 de enero de 2013, y calculándose su importe partiendo de que la pensión se distribuye por parte iguales entre las viudas que hayan estado simultaneamente casadas con

el mismo causante. Así mismo, se declara su derecho al cobro de los haberes dejados de percibir desde esa fecha y hasta la efectiva percepción de la pensión que se le reconoce, más los intereses legales que procedan desde la presentación de la solicitud y hasta su efectivo pago. 3°) NO HACER IMPOSICIÓN de costas en los términos previsto en el fundamento último. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

Fecha de sentencia: 24/01/2018 Tipo de procedimiento: R. CASACION Número: 98/2017 Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA DON José Luis Requero Ibáñez AL QUE SE ADHIERE DON Jorge Rodríguez Zapata Pérez A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 98/2017.

Con todo el respeto hacia el voto mayoritario, al amparo del artículo 157 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , formulo voto particular a la sentencia dictada en el presente recurso de casación con base en los siguientes razonamientos:
PRIMERO.-Comparto los Fundamentos Primero, Segundo, Tercero, Cuarto y - al margen de la discrepancia con el fondo de lo resuelto por la Sala
- comparto también lo razonado en el Fundamento Quinto, párrafo último, en cuanto a cómo debe entenderse dividida la pensión de viudedad que se reconoce a la recurrente.
SEGUNDO.-Respecto de la cuestión litigiosa que centra este recurso mi discrepancia se basa en las siguientes razones:
1° La sentencia mayoritaria aplica el artículo 23 del Convenio entre España y Marruecos en materia de Seguridad Social, que prevé el supuesto de matrimonio polígamo y acuerda que la única pensión de viudedad que se reconozca se dividirá por partes iguales entre las que resulten ser beneficiarias conforme a la legislación marroquí.
2° Tal norma convencional se refiere al derecho a las prestaciones propias del Régimen General de la Seguridad Social, mientras que en el caso de autos se trata del reconocimiento de la pensión conforme al régimen especial de Clases Pasivas. Admito que es fácil llegar a una aplicación analógica de lo previsto en ese Convenio a supuestos como el de autos, máxime desde la aplicación del artículo 14 de la Constitución tal y como hace la sentencia mayoritaria.
3° Sin embargo la llamada que hace la Abogacía del Estado y la sentencia impugnada al orden público es relevante y debería llevar, más bien, una aplicación no expansiva, no integradora, sino restrictiva de lo previsto en ese Convenio en relación al artículo 38 de la Ley de Clases Pasivas .
Sin entrar en las circunstancias que aconsejaron la suscripción del citado Convenio, su previsión implica reconocer una pensión que, por definición y naturaleza, sólo puede reconocerse en España en quien concurra un doble presupuesto: haber estado unido en matrimonio y un matrimonio conforme a la legislación española y, en todo caso, reconocible desde las señas de identidad de tal instituto conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

4° Desde esta perspectiva sostengo la aplicación restrictiva del citado Convenio pues lo contrario implica reconocer un derecho para quien ha estado unido matrimonialmente no ya bajo una forma matrimonial no reconocida en España, sino que se asienta sobre una base constitutiva de delito por ser contrario al sistema de valores que protege el ordenamiento español.

Podrá decirse que ese Convenio no ha sido denunciado, pero que eso no sea así no debe llevar - como hace la sentencia mayoritaria - a aumentar, expandir una previsión puntual sólo prevista para los nacionales marroquíes y para las prestaciones propias del Régimen General de la Seguridad Social, es más, su artículo 2.1.A.2 expresamente excluye el régimen especial de clases pasivas.

5° Son numerosas las sentencias - de las que se hace eco la sentencia de la que ahora discrepo - que vienen declarando la improcedencia de reconocer a efectos del régimen general de extranjería o de nacionalidad a uniones polígamas. Tales pronunciamientos se asientan, como no puede ser de otra forma, en el adecuado entendimiento del concepto de orden público y es que a una figura que pugna con nuestra mentalidad -el- matrimonio polígamo - sólo admite una interpretación restrictiva que evite además la fragmentación de un instituto como es el matrimonio.

6o Por ultimo no debe perderse de vista que es muy distinta la situación social de España al tiempo de firmarse el Convenio al que se hace referencia con la situación actual. Hoy día son varios millones las personas que viven legalmente en España y que proceden de países de religión musulmana. Sin entrar ahora en disquisiciones que no son del caso, es necesario posibilitar su integración, lo que es compatible con la idea de que su acogida en España no debe implicar la renuncia a sus costumbres ni a su religión, pero dentro de los límites que marca nuestra cultura y nuestro sistema de valores, lo que tiene su reflejo en el orden público constitucional que protege la dignidad de la mujer.

Con pronunciamientos como el de la sentencia mayoritaria se van abriendo poco a poco brechas que debilitan nuestras señas de identidad, y que su aplicación sea en un aspecto muy limitado no quita para que, dado ese paso, se vaya a su extensión a otros supuestos aún más inaceptables.

Madrid, a 24 de enero de 2018

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

Transporte

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2018. Recurso nº 313/2016Ponente:

Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

El Tribunal Supremo aplica el criterio de la UE y revoca las sentencias que anularon las multas a Uber por falta de autorización para transporte. Ordena devolver las actuaciones a los dos juzgados para que, con retroacción de las mismas al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, dicte un nuevo fallo

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Tercera
Sentencia núm. 87/2018
Excmos. Sres. y Excma. Sra.
D. Pedro José Yagüe Gil, presidente
D. Eduardo Espín Templado
D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat
D. Eduardo Calvo Rojas

En Madrid, a 25 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación no 313/2017 interpuesto por la GENERALITAT DE CATALUÑA, representada y asistida por su Letrado, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no 15 de Barcelona de 6 de octubre de 2016 dictada en el recurso contencioso- administrativo, procedimiento abreviado, no 434/2015. Se ha personado como parte recurrida la entidad UBER, B.V., representada por la Procuradora Da Luisa Lasarte Díaz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de Uber, B.V. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Secretario de Infraestructuras y Movilidad de la Generalitat de Cataluña de 7 de octubre de 2015 desestimatoria del recurso de alzada dirigido contra la resolución del Director General de Transportes y Movilidad de la misma Generalitat de 31 de marzo de 2015 (expediente no 08-00030-15), por la que se impone a Uber, B.V. una sanción de multa de 4.001,00 euros por la comisión de una infracción muy grave del articulo 140.2 en relación con el artículo 42, ambos de la Ley 16/87, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre. La infracción que motiva la imposición de la sanción es la <<contratación como transportista o la facturación en nombre propio de servicios de transporte publico discrecional de viajeros en vehículos de hasta 9 plazas sin ser previamente titular de autorización de transporte>>.

El recurso contencioso-administrativo fue estimado por sentencia del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo no 15 de Barcelona de 6 de octubre de 2016 (procedimiento abreviado, no 434/2015) en la que se anulan las resoluciones administrativas impugnadas.

SEGUNDO.- En lo que ahora interesa, el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo no 15 de Barcelona acoge las alegaciones de la mercantil recurrente -con la consiguiente anulación de la sanción impuesta- al considerar que el órgano competente de la Generalitat de Cataluña ha aplicado indebidamente la regulación contenida en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre (en adelante, LOTT). Señala la sentencia del Juzgado que el servicio de mediación o intermediación prestado por "UBER" no puede incluirse en el ámbito de lo dispuesto en el artículo 122 LOTT -circunscrito a operaciones de intermediación realizadas por cualquier operador logístico o agencia respecto del transporte de mercancías, pero no de viajeros- pero sí, en cambio, en el ámbito de lo que la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información (en adelante, LSSI) define en su anexo como servicio de la sociedad de la información, esto es, un servicio prestado a título oneroso, a distancia y a petición del interesado; entre otros, la contratación vía electrónica o la intermediación.
La sentencia del Juzgado concluye que <<(...) la actividad organizada llevada a cabo por la actora, ya se entienda de mediación o intermediación [...], ya se entienda de organización de un servicio a prestar contratado vía electrónica, enfocado en la temática del transporte urbano de viajeros, no es una de las actividades excluidas del artículo 5 de la LSSI y, sin embargo, sí se incardina dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 de la LSSI , ley ésta que por lo demás, establece un catálogo propia de infracciones, e inclusive en su artículo 6 postula la no autorización previa en relación a esta prestación de servicios sui generis >>.
TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación de la Generalitat de Cataluña, siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 13 de marzo de 2017 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.
En la parte dispositiva del auto de 13 de marzo de 2017 se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:
<< (...) 2°) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar el marco regulador de las actividades de intermediación o conexión de usuarios y servicios a través de plataformas o aplicaciones digitales y la posibilidad, en su caso, de que estas actividades puedan ser sometidas al régimen de intervención administrativa propio de la normativa sectorial de transporte; para lo cual será necesario interpretar, en principio, los arts. 42 , 122 y 140.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre ; Así como los correspondientes preceptos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, de Comercio Electrónico y la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, relativa a los Servicios en el Mercado Interior>>.
CUARTO.- La Generalitat de Cataluña formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado con fecha 17 de mayo de 2017 en el que termina solicitando que se dicte sentencia casando y anulando la sentencia recurrida y acuerde en su lugar la estimación del recurso contencioso-administrativo y declare la conformidad a derecho de la resolución sancionadora impugnada.
QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 2 de junio de 2017 se tuvo por interpuesto el recurso y se acordó dar traslado a la parte recurrida para que pudiese formular su oposición.

SEXTO.- La representación procesal de Uber, BV formalizó su oposición mediante escrito presentado el 20 de julio de 2017 en el que, tras formular sus alegaciones en contra de lo aducido por la Administración autonómica recurrente, termina solicitando la desestimación del recurso de casación.
SÉPTIMO.- La Federación Española del Taxi (FEDETAXI), representada por el Procurador D. Jaime San Frutos Martín, presentó escrito con fecha 7 de abril de 2017, complementado por otro de 19 de abril, solicitando ser tenida por personada en las actuaciones a fin de postular la "revocación" de la sentencia de instancia.
Dado traslado a las partes para alegaciones, la representación de Uber B.V. presentó escrito con fecha 28 de abril de 2017 oponiéndose a que se tenga por personada a la Federación Española del Taxi. La Generalitat de Cataluña no presentó escrito alguno en este trámite.
Mediante auto de 30 de mayo de 2017 esta Sala acordó no admitir la personación de la Federación Española del Taxi (FEDETAXI) en el presente recurso de casación.
OCTAVO.- Mediante providencia de 11 de septiembre de 2017 se acordó no haber lugar a la celebración de vista y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo; fijándose finalmente al efecto el día 16 de enero de 2018, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.
NOVENO.- Estando ya fijado el señalamiento para votación y fallo, la representación de Uber, B.V. presentó escrito con fecha 10 de enero de 2018 con el que aporta copia de sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea STJUE de 20 de diciembre de 2017 (asunto C-434/15), haciendo la parte recurrida alegaciones sobre el contenido de dicha sentencia.
Mediante providencia de 10 de enero de 2018 esta Sala dio traslado de lo anterior a la parte recurrente en casación otorgándole un plazo de cinco días para que pudiese formular alegaciones sobre la incidencia que pudiera tener dicha sentencia para la resolución del presente recurso de casación.
La representación procesal de la Generalitat de Cataluña formuló sus alegaciones mediante escrito presentado con fecha 19 de enero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El presente recurso de casación no 313/2017 lo interpone la Generalitat de Cataluña contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo no 15 de Barcelona de 6 de octubre de 2016 dictada en el recurso, procedimiento abreviado, no 434/2015.
Como ha quedado señalado en el antecedente primero, la sentencia del Juzgado estima el recurso contencioso-administrativo y anula la resolución sancionadora por la que se impone a Uber, B.V. una multa de 4.001,00 euros por la comisión de una infracción muy grave del artículo 140.2 en relación con el artículo 42, ambos de la Ley 16/87, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre .
SEGUNDO .- La controversia que se suscitaba en el proceso de instancia la sintetiza el fundamento jurídico cuarto del auto de la Sección Primera de esta Sala de 13 de marzo de 2017 , que acordó la admisión del presente recurso de casación, en los siguientes términos:
<< (...) Según se desprende de las actuaciones y se expone en la sentencia impugnada, la mercantil [Uber B.V.] gestiona una plataforma o aplicación digital cuyo principal servicio consiste en poner en contacto a conductores particulares con usuarios que requieren de un servicio de desplazamiento dentro de la ciudad de

Barcelona. La propia empresa define sus servicios como una fórmula de economía colaborativa que permite que conductor y usuario acuerden el trayecto, compartiendo los gastos del mismo. Se trataría, así, de una actividad de mediación entre particulares: entre los que realizan una actividad de transporte privado y los que se benefician del mismo.
Por el contrario, la Generalitat de Cataluña entiende que "UBER" realiza una actividad de transporte (aunque su ejecución efectiva se encomienda a terceros) consistente en la contratación o facturación de servicios de transporte sin la pertinente habilitación previa. En esta línea se pone de manifiesto en el expediente sancionador que el cliente de "UBER" paga por un servicio prácticamente idéntico al del taxi, con una tarifa preestablecida en función del tiempo y del recorrido y que los conductores de "UBER" están a plena disposición de los clientes y del trayecto que éstos seleccionen. En su escrito de preparación del recurso de casación la Letrada de la Administración autonómica pone de relieve que ha quedado demostrado que "UBER" participa directamente de la actividad de transporte pues, de un lado, gestiona los trayectos, los cobros y los pagos del servicio y, de otro lado, establece las condiciones de acceso de los conductores a la estructura de "UBER", impartiéndoles cursos de formación previa a su contratación e imponiéndoles normas de conducta de trato con los clientes>>.
Así las cosas, el propio auto de admisión del recurso de casación (F.J. 4o) señala que la cuestión jurídica que se plantea en casación consiste en determinar si una actividad como la descrita se enmarca en el ámbito de la normativa de transportes -que exige el previo título habilitante para su ejercicio- o si, por el contrario, sus particulares características la sitúan en el ámbito de la LSSI y, en última instancia, en el ámbito de la Directiva de Servicios, en el que la premisa de partida es el libre establecimiento y la libre prestación de servicios.
En definitiva, y como ya hemos visto en el antecedente segundo, el auto que admitió a trámite el presente recurso de casación declara en su parte dispositiva que <<...*la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar el marco regulador de las actividades de intermediación o conexión de usuarios y servicios a través de plataformas o aplicaciones digitales y la posibilidad, en su caso, de que estas actividades puedan ser sometidas al régimen de intervención administrativa propio de la normativa sectorial de transporte; para lo cual será necesario interpretar, en principio, los arts. 42 , 122 y 140.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre ; Así como los correspondientes preceptos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, de Comercio Electrónico y la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, relativa a los Servicios en el Mercado Interior>>.*
Pues bien, la interpretación de las normas de Derecho comunitario europeo a las que se refiere el auto de admisión del recurso, y, en definitiva, la respuesta a la cuestión en la que dicho auto aprecia el interés casacional objetivo del presente recurso, nos la ha proporcionado la reciente **STJUE de 20 de diciembre de 2017 (asunto C-434/15)** , dictada en respuesta a cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil no 3 de Barcelona.
La citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea obra unida a las actuaciones y las partes personadas han tenido ocasión de formular alegaciones sobre su incidencia para la resolución del presente recurso de casación (véase antecedente noveno).
TERCERO.- De la fundamentación de la citada STJUE de 20 de diciembre de 2017 (asunto C-434/15) interesa destacar aquí los siguientes apartados:
<< (...) **34** A este respecto, procede señalar que un servicio de intermediación consistente en conectar a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano constituye, en principio, un servicio distinto del servicio de transporte, que consiste en el acto físico de desplazamiento de personas o

bienes de un lugar a otro mediante un vehículo. Debe añadirse que cada uno de estos servicios, considerados aisladamente, puede estar vinculado a diferentes directivas o disposiciones del Tratado FUE relativas a la libre prestación de servicios, como considera el juzgado remitente.

35 Así, un servicio de intermediación que permite la transmisión, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, de información relativa a la reserva del servicio de transporte entre el pasajero y el conductor no profesional que utiliza su propio vehículo, que efectuará el transporte, responde en principio a los criterios para ser calificado de «servicio de la sociedad de la información», en el sentido del articulo 1, punto 2, de la Directiva 98/34 , al que remite el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31 . Como establece la definición contenida en la mencionada disposición de la Directiva 98/34, este servicio de intermediación es un «servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios».

36 En cambio, un servicio de transporte urbano no colectivo, como un servicio de taxi, debe ser calificado de «servicio en el ámbito del transporte», en el sentido del articulo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123 , a la luz del considerando 21 de esta (véase, en este sentido, la sentencia de 1 de octubre de 2015, Trijber y Harmsen, C-340/14 y C-341/14 , EU:C:2015:641 , apartado 49).

37 No obstante, es preciso poner de manifiesto que un servicio como el controvertido en el litigio principal no se limita a un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano.

38 En efecto, en una situación como la que describe el juzgado remitente, en la que el transporte de pasajeros lo realizan conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas, como la aplicación controvertida en el litigio principal, y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano.

39 A este respecto, de la información de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que el servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. Sobre este último punto, consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, Así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos.

40 Por consiguiente, debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de «servicio de la sociedad de la información», en el sentido del artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34 , al que remite el artículo 2, letra a), de

la Directiva 2000/31 , sino a la de «servicio en el ámbito de los transportes», en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123 .
41 Por otro lado, esta calificación encuentra apoyo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual el concepto de «servicio en el ámbito de los transportes» engloba no solo los servicios de transporte como tales, sino también cualquier servicio ligado de forma inherente a un desplazamiento de personas o mercancías de un lugar a otro gracias a un medio de transporte [véanse, en este sentido, la sentencia de 15 de octubre de 2015, Grupo Itevelesa y otros, C- 168/14 , EU:C:2015:685 , apartados 45 y 46, y el dictamen 2/15 (Acuerdo de libre comercio con Singapur), de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376 , apartado 61].
42 En consecuencia, la Directiva 2000/31 no es aplicable a un servicio de intermediación como el controvertido en el litigio principal.
43 Tal servicio, en la medida en que se califica de «servicio en el ámbito de los transportes», tampoco está sometido a la Directiva 2006/123, dado que este tipo de servicios, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra d), de esta Directiva, se encuentra entre los que están expresamente excluidos de su ámbito de aplicación.
44 Por otro lado, dado que el servicio de intermediación controvertido en el litigio principal responde a la calificación de «servicio en el ámbito de los transportes», no está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE , relativo a la libre prestación de servicios en general, sino en el del artículo 58 TFUE , apartado 1, disposición especifica con arreglo a la cual «la libre prestación de servicios, en materia de transportes, se regirá por las disposiciones del título relativo a los transportes» (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de diciembre de 2010, Yellow Cab Verkehrsbetrieb, C-338/09 , EU:C:2010:814 , apartado 29 y jurisprudencia citada).
45 De este modo, la aplicación del principio de libre prestación de servicios debe realizarse, según el Tratado FUE, mediante la aplicación de la política común de transportes (sentencia de 22 de diciembre de 2010, Yellow Cab Verkehrsbetrieb, C- 338/09 , EU:C:2010:814 , apartado 30 y jurisprudencia citada).
46 Ahora bien, es preciso declarar que los servicios de transporte urbano no colectivo y los servicios indisociablemente vinculados a ellos, como el servicio de intermediación controvertido en el litigio principal, no han dado lugar a la adopción por parte del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de normas comunes u otras medidas sobre la base del artículo 91 TFUE , apartado 1.
47 De ello se desprende que, en el estado actual del Derecho de la Unión, incumbe a los Estados miembros regular las condiciones de prestación de servicios de intermediación como los controvertidos en el litigio principal, siempre que se respeten las normas generales del Tratado FUE.
48 En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que el artículo 56 TFUE , en relación con el artículo 58 TFUE , apartado 1, el artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123 y el artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34 , al que remite el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31 , deben interpretarse en el sentido de que ha de considerarse que un servicio de intermediación, como el del litigio principal, que tiene por objeto conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano, está indisociablemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de «servicio en

el ámbito de los transportes», a efectos del artículo 58 TFUE , apartado 1. En consecuencia, un servicio de esta índole está excluido del ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE , de la Directiva 2006/123 y de la Directiva 2000/31>>.

CUARTO.- Trasladando esa doctrina de la STJUE de 20 de diciembre de 2017 (asunto C-434/15) al caso que nos ocupa, debemos concluir que, frente a lo que se afirma en la sentencia recurrida, la actividad que desarrolla Uber, B.V. ha de calificarse de «servicio en el ámbito de los transportes», a efectos del artículo 58 TFUE , apartado 1, y que, en consecuencia, un servicio de esa índole está excluido del ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE , de la Directiva 2006/123 y de la Directiva 2000/31.

Lo anterior lleva a afirmar que la sentencia recurrida debe ser casada, y, al mismo tiempo, con ello estamos dando respuesta a la cuestión en la que el auto de la Sección Primera de esta Sala de 13 de marzo de 2017 , que acordó la admisión del presente recurso de casación, apreció la concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Ahora bien, como señala la propia STJUE en los apartados 46 y 47 de su fundamentación jurídica, sucede que los servicios de transporte urbano no colectivo y los servicios indisociablemente vinculados a ellos, como el servicio de intermediación aquí controvertido, no han dado lugar a la adopción por parte del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de normas comunes u otras medidas sobre la base del artículo 91 TFUE , apartado 1. Por ello, en el estado actual del Derecho de la Unión, incumbe a los Estados miembros regular las condiciones de prestación de servicios de intermediación como los controvertidos, siempre que se respeten las normas generales del Tratado FUE.

Llegados a este punto, resulta necesario determinar qué norma de derecho interno resulta aquí de aplicación, pues la resolución sancionadora aplica directamente la normativa estatal (Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres) mientras que la recurrente sostiene que es de aplicación preferente y excluyente la regulación autonómica en materia de transportes (Ley catalana 12/1987, de 28 de mayo, desarrollada por el Decreto 319/1990, de 21 de diciembre), y, más específicamente, la normativa autonómica sobre el taxi (Ley catalana 19/2003, de 4 de julio, del taxi). Veamos.

QUINTO.- Entre los diversos motivos de impugnación esgrimidos en el proceso de instancia, la representación de Uber, B.V. aducía -y el argumento aparece reiterado en su escrito de oposición al recurso de casación (apartado noveno de sus alegaciones, páginas 17-18)- que no cabe la aplicación supletoria de Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, toda vez que la Comunidad Autónoma de Cataluña tiene competencia exclusiva en materia de transporte urbano, por lo que resultaría de aplicación al caso la normativa autonómica sobre la materia, y, en particular Ley catalana 19/2003, de 4 de julio, del taxi.

El planteamiento no puede ser asumido pues, siendo cierto que Ley autonómica 19/2003, de 4 de julio, del taxi, incluye en sus artículos 37 y siguientes un régimen sancionador, su mera lectura permite constatar que su contenido, como el de toda la regulación contenida en dicha ley, viene específicamente referido al servicio de taxi, ámbito éste en el que la exigencia de autorización habilitante nunca ha sido cuestionada.

Es precisamente la singularidad de la actividad que desarrolla Uber, B.V., que, aunque considerada como un "servicio en el ámbito de los transportes", no puede ser identificada con el tradicional servicio de taxi, la que impide aplicar a aquélla la regulación y el régimen sancionador establecidos específicamente para este último -servicio de taxi- en la Ley autonómica 19/2003, de 4 de julio.

Por ello, a falta de una regulación autonómica referida a una actividad organizativa y de intermediación en al ámbito del transporte como la desarrollada por Uber, B.V., debe considerarse de aplicación al caso la regulación estatal contenida en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, incluido el régimen sancionador que en ella se establece.
Y enlazando esta conclusión con lo que hemos expuesto en el apartado anterior, debemos afirmar que la actividad desarrollada por Uber, B.V. no es un mero servicio de intermediación sino que constituye una parte sustancial de la prestación de servicio de transporte de viajeros, estando por ello sujeta a la autorización exigida en el artículo 42.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres .
SEXTO.- Establecido así, de un lado, que la sentencia de instancia debe ser casada, y, de otra parte, que resulta de aplicación al caso la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, son varias las cuestiones que quedan por dilucidar.
En efecto, además de las cuestiones a las que ya nos hemos referido, en la demanda presentada en el proceso de instancia la representación de Uber, B.V. esgrimía diversos motivos o argumentos de impugnación como son los relativos a la infracción del principio de tipicidad, la falta de adecuación de los actos realizados por Uber, B.V. al tipo de la infracción que se le imputa, la vulneración del principio de presunción de inocencia –que conecta directamente con la valoración de las pruebas que sirven de sustento a la sanción-, y, en fin, la infracción del principio non bis in ídem. Salvo esta última cuestión -la alegada infracción del principio *non bis in idem*-, a la que la sentencia aquí recurrida dedica una breve referencia en el último párrafo de su fundamento jurídico primero, los demás motivos y argumentos de impugnación que acabamos de señalar no fueron examinados por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no 15 de Barcelona, que basó su decisión de estimar el recurso en la apreciación -que aquí hemos corregido- de que no era aplicable al caso el régimen sancionador de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, sin entrar la sentencia a examinar aquellos otros motivos de impugnación que esgrimía la entidad demandante. Y tampoco en casación se ha entablado debate en torno a ellos, pues el recurso de casación interpuesto por la Generalitat de Cataluña se centra en defender la aplicabilidad de la de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, sin abordar las otras cuestiones que se suscitaban en la demanda y que la sentencia no aborda.
Así las cosas, consideramos procedente aplicar aquí la previsión contenida en el artículo 93.1, último inciso, de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio), que permite, cuando se justifique su necesidad, que la sentencia que resuelve el recurso de casación ordene la retroacción de la actuaciones y su devolución al órgano judicial de procedencia. Y en este caso consideramos justificada tal devolución, al no haber examinado el Juzgado sentenciador aquellos motivos y argumentos de impugnación a los que antes nos hemos referido, ni contener la sentencia valoración alguna sobre el material probatorio disponible, cuestiones todas ellas sobre las que tampoco se ha entablado debate en casación.
SÉPTIMO.- De lo expuesto en los apartados anteriores se derivan las siguientes conclusiones, que encontrarán reflejo en la parte dispositiva de esta sentencia:
1/ La sentencia recurrida debe ser casada y anulada.
2/ Procede que ordenemos retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia para que por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo no 15

de Barcelona se resuelva lo que proceda, en el bien entendido de que la nueva sentencia que dicte no podrá negar que la actividad desarrollada por Uber, B.V. está sujeta a la autorización exigida en el artículo 42.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres , ni que le resulta de aplicación el régimen sancionador previsto en dicha Ley, al haber quedado ya resueltas estas cuestiones en el presente recurso de casación.
OCTAVO.- De conformidad con lo dispuestos en los artículos 93.4 , 139.1 y 139.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción , entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y tampoco la imposición de las costas del proceso de instancia, pues la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas, en particular cuando, como aquí sucede, lo que vamos a acordar en la parte dispositiva es la devolución de las actuaciones al Juzgado de procedencia para que dicte nueva sentencia.
Vistos los preceptos citados, Así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido
1.- Ha lugar al recurso de casación no 313/2016 interpuesto en representación de la GENERALITAT DE CATALUÑA contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no 15 de Barcelona de 6 de octubre de 2016 (recurso contencioso-administrativo, procedimiento abreviado, no 434/2015), que ahora queda anulada y sin efecto.
2.- Se ordena devolver las actuaciones al Juzgado del que proceden para que, con retroacción de las mismas al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, dicte nueva sentencia resolviendo según proceda, sin que la sentencia que dicte pueda negar que la actividad desarrollada por Uber, B.V. está sujeta a la autorización exigida en el artículo 42.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres , ni que le resulta de aplicación el régimen sancionador previsto en dicha Ley, al haber quedado ya resueltas estas cuestiones en el presente recurso de casación.
3.- No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.
Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.