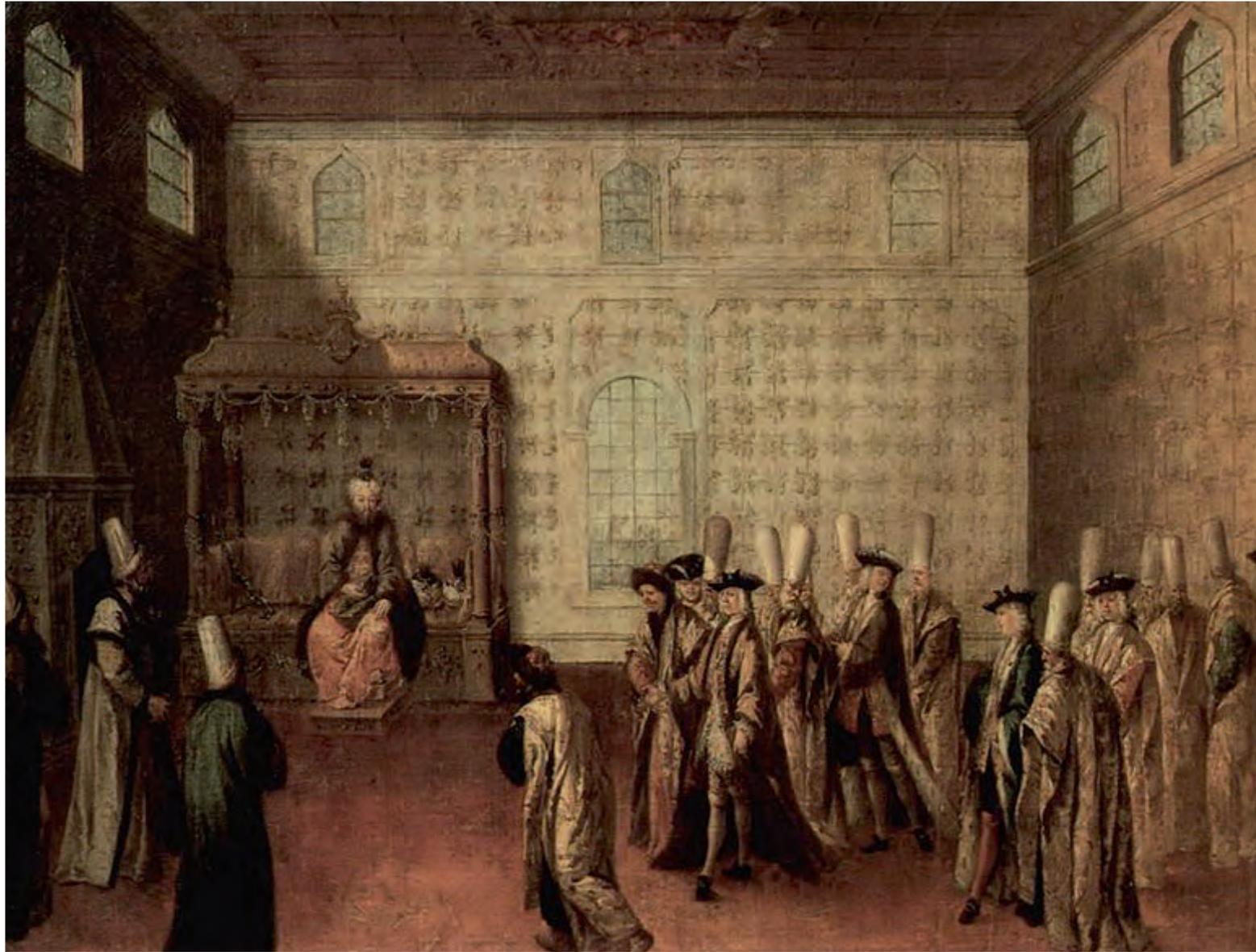




COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

a cura di Pasquale Stanzone e Salvatore Sica



Anno 2018 - Volume 2

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*), Rosaria Giampetraglia (*Università Parthenope di Napoli*), Raffaele Lener (*Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*), Mark R. Lee (*University of San Diego*), Gaspare Lisella (*Università degli Studi del Sannio di Benevento*), Fiona Macmillan (*Birbeck College – University of London*), Maria Rosaria Marella (*Università degli Studi di Perugia*), Manuel David Masseno – (*Instituto Politécnico de Beja*), Carlo Mazzù (*Università degli Studi di Messina*), Antonello Miranda (*Università degli Studi di Palermo*), Elina Moustaira (*National and Kapodistrian University of Athens*), Francesco Ruscello (*Università degli Studi di Verona*), Giovanni Maria Riccio (*Università degli Studi di Salerno*), Manoel J. Santos (*Fundação Getulio Vargas – Sao Paulo*), 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*), Paolo Zatti (*Università degli Studi di Padova*).

Comitato di redazione

Biagio Andò (*Università degli Studi di Catania*), Domenico Apicella (*Università degli Studi di Salerno*), Antonio Astone (*Università degli Studi di Messina*), Valentina Barela (*Università degli Studi di Salerno*), Başak Başoğlu (*Istanbul Bilgi Üniversitesi*), Aura Bertoni (*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*), Iliara Ferlito (*Università degli Studi di Salerno*), Eduardo Fernandes (*Università degli Studi di Salerno*), Giorgio Giannone Codiglione (*Università degli Studi di Salerno*), Rigas Giannopoulos (*Aristotle University of Thessaloniki*), Giorgia Guerra (*Università degli Studi di Padova*), Marco Juric (*University of Zagreb*), Nevena Krivokapić (*University of Belgrad*), Leysser Leon-Hilario (*Pontificia Universidad Católica del Perú*), Olindo Lanzara (*Università degli Studi di Salerno*), Antonio Legerén Molina (*Universidad de Coruña*), Francesca Maschio (*Università degli Studi Roma Tre*), Bruno Meoli (*Università degli Studi di Salerno*), Luigi Nonne (*Università degli Studi di Sassari*), Daniela Noviello (*Università Link Campus, Roma*), Annamaria Giulia Parisi (*Università degli Studi di Salerno*), Alessandra Pera (*Università degli Studi di Palermo*), Elena Poddighe (*Università degli Studi di Sassari*), Radim Polcack (*Masarykova Univerzita - Brno*), Tito Rendas (*Universidade Católica Portuguesa*), Paolo Rocca Comite Mascambruno (*Università degli Studi di Salerno*), Giacomo Rojas Elgueta (*Università degli Studi di Roma Tre*), Benedetta Sabatino (*Università degli Studi di Salerno*), 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 Üniversitesi - Istanbul*), Maria Tommasini (*Università degli Studi di Messina*), Claudia Troisi (*Università degli Studi di Salerno*), Salvatore Vigliar (*Università degli Studi di Salerno*), Filippo Viglione (*Università degli Studi di Padova*), Giovanni Ziccardi (*Università degli Studi di Milano*).

Comitato per la valutazione



Stathis Banakas (*University of East Anglia, Norwich*), Alberto Maria Benedetti (*Università degli Studi di Genova*), Ermanno Calzolaio (*Università degli Studi di Macerata*), Paolo Carbone (*Università degli Studi di Sassari*), Adolfo Di Majo (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Silvia Diaz Alabart (*Universidad Complutense de Madrid*), Vincenzo Cesaro (*Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*), Francesco Di Ciommo (*Università LUISS "Guido Carli"*), Tommaso Edoardo Frosini (*Università degli Studi di Napoli "Suor Orsola Benincasa"*), Jay P. Kesan (*University of Illinois*), Claudia Lima Marques (*Universidade Federal Rio Grande do Sul*), Fiona Macmillan (*Birkbeck College - University Of London*), Ulrich Magnus (*Universität von Hamburg und Mitarbeiter - Max Planck Institut von Hamburg*), Annalidia Mancaloni (*Università degli Studi di Cagliari*), Giovanni Marini (*Università degli Studi di Perugia*), Pier Giuseppe Monateri (*Università degli Studi di Torino*), Maria Lilla Montagnani (*Università Commerciale "Luigi Bocconi"*), Alfonso Hernandez Moreno (*Universitat de Barcelona*), Helena Mota (*Universidade do Porto*), Giovanni Pascuzzi (*Università degli Studi di Trento*), 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"*), Lucia Scaffardi (*Università degli Studi di Parma*), Alessandro Somma (*Università degli Studi di Ferrara*), Raffaele Torino (*Università degli Studi di "Roma Tre"*).



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

© COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE - Tutti i diritti riservati



2/2018

INDICE

DOTTRINA

Lo stato di necessità nel diritto civile (rileggendo un'opera di Bruno Troisi)

Pasquale Stanzone

Profili evolutivi del diritto di famiglia (per un'introduzione storico-sistemica)

Gabriella Autorino

La causa del contratto tra «regole» e «principi»

Andrea Federico

Das Strafrecht zwischen Interpretation und "mediatisierter Paranoia": die Auswirkungen der "großen Kriminalitätsblase" in Italien und den USA

Francesco Schiaffo

Le unioni civili: tra la famiglia "tradizionale" e nuovi "modelli" di comunione familiare

Francesca Carimini

Ancillary Copyright and Liability of Intermediaries in the EU Directive Proposal on Copyright

Giovanni Maria Riccio – Giorgio Giannone Codiglione

Rettificazione del sesso: effetti sugli istituti del matrimonio e dell'unione civile

Valentina Barela

Diritti e doveri delle unioni civili

Claudia Troisi

Control de convencionalidad y reparación integral

Enrique Gil Botero

STUDI E RICERCHE

Riflessioni sul rapporto tra diritto privato e Stato nelle tradizioni di common law e civil law

Giovanni Cinà

"Gli accordi della crisi coniugale" e l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata

Ilaria Ferlito



Normativa aplicable al huésped que celebra un contrato de hospedaje desde la perspectiva del derecho español y del derecho italiano

Paula Castaños Castro

La teoria del contatto sociale e la responsabilità sanitaria in Italia alla luce della recente riforma

Benedetta Maria Sabatino

GIURISPRUDENZA

Corte di Giustizia UE, Terza Sezione, sentenza 25 gennaio 2018, causa C-473/16
Rinvio pregiudiziale – Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – Articolo 7 – Rispetto della vita privata e familiare – Direttiva 2011/95/UE – Norme relative alle condizioni per il riconoscimento dello status di rifugiato o di beneficiario della protezione sussidiaria – Timore di persecuzione a causa dell’orientamento sessuale – Articolo 4 – Esame dei fatti e delle circostanze – Ricorso a una perizia – Test psicologici

Corte di Giustizia UE, Seconda Sezione, sentenza 12 aprile 2018, causa C-550/16
Rinvio pregiudiziale – Diritto al ricongiungimento familiare – Direttiva 2003/86/CE – Articolo 2, parte iniziale e lettera f) – Nozione di “minore non accompagnato” – Articolo 10, paragrafo 3, lettera a) – Diritto di un rifugiato al ricongiungimento familiare con i suoi genitori – Rifugiato di età inferiore ai diciotto anni al momento del suo ingresso nel territorio dello Stato membro e del deposito della sua domanda di asilo, ma maggiorenne al momento in cui è adottata la decisione con la quale gli viene concesso l’asilo e in cui presenta la sua domanda di ricongiungimento familiare – Data determinante per valutare lo status di “minore” dell’interessato

Cass. civ. Sez. III, ordinanza 13 aprile 2018, n. 9178

Convivenza more uxorio – Risarcimento del danno – Prova in materia civile

Cass. civ. Sez. I, sentenza 20 marzo 2018, n. 6963

Adozione – Diritto di conoscere le proprie origini – Riservatezza

Cass. civ. Sez. III, ordinanza interlocutoria 18 maggio 2018, n. 12215

Responsabilità civile del magistrato – Attività interpretativa insindacabile – Grave violazione di legge — Rimessione alle Sezioni Unite



2/2018

DOTTRINA

LO STATO DI NECESSITÀ NEL DIRITTO CIVILE (RILEGGENDO UN'OPERA DI BRUNO TROISI)*

PASQUALE STANZIONE

1. Discorrere de *Lo stato di necessità nel diritto civile* di Bruno Troisi significa parlare della maturità scientifica dell'autore nel 1988. Egli si muove ormai sicuro tra le raffinate categorie giuridiche civilistiche: il ragionamento si dipana con chiarezza di prospettive e con solide argomentazioni di diritto positivo. Il linguaggio è piano, ma denso di contenuti; lo stile è sorvegliato, ma limpido. L'autore non si concede distrazioni o divagazioni e procede deciso nella dimostrazione della sua tesi, in un periodare conciso ed efficace.

Del resto, la sua ricerca – in ambito civilistico – si colloca, cronologicamente, dopo il lavoro risalente di Briguglio e la voce, più vicina nel tempo, di Inzitari. Ed essa è approfondita, analitica: non risultano eccessivi discostamenti dalla sua posizione né lavori successivi di eguale ampiezza.

Per comprendere meglio l'itinerario logico-ricostruttivo dell'a. è forse opportuno partire dalla fine e svelare – come in un giallo alla rovescia – il risultato della sua indagine.

L'art. 2045 cod. civ. configura un'autonoma fattispecie di responsabilità, che è responsabilità per fatto proprio. In testa all'agente sorge l'obbligo alla riparazione – l'equa indennità – che risponde ad un'esigenza di giustizia. Ne deriva che l'articolo citato delinea un'autonoma proposizione normativa, che si estende a qualunque comportamento necessitato.

Descritta in questi termini sintetici, potrebbe sembrare che la tesi sostenuta trovi per un verso diffuso sostegno e per l'altro sia lineare conseguenza di una piana interpretazione della disciplina ad essa dedicata. Niente di più sbagliato.

Bruno Troisi si muove in un contesto dottrinale certamente variegato, ma non sempre attento ai procedimenti, agli istituti, alle tecniche ermeneutiche, financo ai valori che l'a. utilizza e verifica nel corso della ricerca.

Non è mia intenzione svolgere qui un'accurata ricostruzione dell'itinerario percorso, rendendo conto dei passaggi, delle sottili argomentazioni che ritrovo nel libro, quasi a siglarne una sorta di recensione. Vorrei, piuttosto, accompagnato dal pensiero dell'a., tenta-

* E' l'intervento, omesse le parole di circostanza, svolto a Cagliari nella giornata di studi per il professor Bruno Troisi del 23 marzo 2018.



re di smembrare – se lecita è l'operazione – il suo contributo, riconducendolo a quelle che a me sono sembrate le coordinate e le convinzioni scientifiche lungo le quali si è mosso e si è sviluppato il suo ragionamento.

2. Inizierei con il sottolineare la costante valutazione del caso concreto. *Konkretisierung* che per lui non è soltanto il modulo interpretativo di applicare la previsione astratta all'ipotesi concreta, ma è innanzitutto discernimento e distinzione. Infatti, la materia trova una sua attualità quando, discorrendo di involontarietà, si richiamano i casi oggettivi dell'incendio, del terremoto, della tempesta, del crollo di un edificio, separandoli da un lato dall'involontarietà soggettiva: fame, sete, malattia della persona e dall'altro dalle diverse circostanze delle aggressioni (da parte di un animale, da parte di un'altra persona).

Ma la valutazione del caso concreto non si consuma con tali distinzioni; essa diventa ben più rilevante allorché si tratta di affermare, contro l'opinione dominante, che l'art. 2045 cod. civ. può trovare applicazione anche nei confronti di chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. Mentre, com'è noto, diversa è la soluzione offerta dall'art. 54, comma 2, cod. pen. L'a., in maniera espressa, sostiene che l'esclusione dell'applicazione del 2045 è generalizzante, laddove necessario è il ricorso a considerare le circostanze concrete. Quasi a costruire una sorta di ordinamento del caso concreto: ma questo è risultato e terminologia che si affermeranno nel prosieguo del tempo e comunque non sono presenti nel 1988.

Piuttosto, il metodo ora richiamato conduce ad indagare – nella prospettiva della concretezza – se l'art. 2045 possa avere applicazione anche nell'ambito della responsabilità contrattuale. E qui l'a. si trova a contrastare la visione dominante secondo cui applicando gli artt. 1218 ss. cod. civ. non v'è spazio alcuno per invocare una responsabilità ulteriore per l'obbligato.

Ma bisogna fare i conti con le nozioni di impossibilità sopravvenuta e di inesigibilità (nel senso di *Unzumutbarkeit* dell'esperienza tedesca). Ebbene, a séguito di un serrato ragionamento, l'a. conclude che lo stato di necessità non è riducibile alla nozione di impossibilità sopravvenuta: questa concerne soltanto la prestazione divenuta pericolosa. Mentre l'art. 2045 disciplina un'ipotesi specifica d'inadempimento, conquistando così una propria autonomia teorica, ma foriera di pratiche applicazioni.

In altri termini, il debitore inadempiente, in base al predetto principio d'inesigibilità, si avvale dell'atto lesivo del diritto di credito per ottenere un vantaggio extrapatrimoniale: che è la salvezza personale. Ne consegue che egli è tenuto a riparare il danno *ex art.* 2045. Il che, ossia il diritto all'equa indennità a favore del creditore danneggiato, finisce con il riconoscere anche la giurisprudenza, pur ritenendo – in linea di principio – non applicabile l'art. 2045 nell'ipotesi considerata.

Nella linea di attenzione al caso concreto si iscrive anche la decisione di applicare tale soluzione pure alla responsabilità precontrattuale.

3. Rilevante è il profilo dedicato alla persona, e non soltanto perché essa è richiamata nel testo dell'art. 2045: pericolo attuale di un danno grave alla persona. Bruno Troisi è



civilista che – come da tradizione – si dedica alla proprietà, al possesso, alla prescrizione, alle obbligazioni, ma vive scientificamente in un contesto che alla persona umana ha riservato una particolare attenzione.

La personalità umana nell'ordinamento giuridico di Pietro Perlingieri; il mio *Capacità e minore età nella problematica della persona umana* non sono passati invano. Bruno Troisi dunque ricostruisce il fatto necessitato dannoso intorno ad una figura unitaria di persona umana: questa è corpo e psiche insieme e i beni lesi sono i beni della personalità.

Già, ma quando si ledono i beni dell'altrui persona sorge un delicato problema, che risponde al nome di proporzionalità. Ancora una volta, l'a. si trova di fronte al muro della dottrina dominante, che esclude il ricorso al criterio della proporzionalità, argomentando che esso è ammesso dall'art. 54 cod. pen., ma non è affatto menzionato dall'art. 2045. E l'a., per vincere tale negazione, ricorre al concetto di danno, di cui sottolinea il contenuto polivalente: il termine cioè attiene alla determinazione del fatto e delle conseguenze negative. Ne deriva che, essendo i beni della personalità beni omogenei, la proporzionalità tra gli stessi è imprescindibile: anzi, di essi va accertata altresì la gerarchia.

Centralità costituzionale della persona umana non significa individualismo né assenza di limiti. La relazionalità sfocia nella solidarietà (art. 2 cost.): e tuttavia, il principio di solidarietà non tollera comportamenti solidali lasciati alla scelta dell'agente. Si pensi, al riguardo, a chi per evitare un danno grave alla persona provochi a terzi un pregiudizio alla persona. Qui la scelta non può essere lasciata all'agente, a meno che – ricorda giustamente l'a. – questi non sia legato da particolari vincoli ad uno dei due: si pensi al genitore che interviene a favore della persona dei figli.

4. Nel periodo in cui scrive l'a. non sono del tutto sopite le dispute sulle distinzioni, sulle partizioni e sull'incomunicabilità tra le varie branche del diritto. Ma egli è figlio di una temperie culturale in cui si afferma e si dimostra l'unitarietà dell'ordinamento giuridico. Ed egli ne è consapevole propugnatore, non tanto con declamazioni di principio, ma con l'uso di strumenti ermeneutici adeguati. E' questo l'ulteriore punto di riferimento che mi è sembrato di poter enucleare. Soccorre qui il richiamo dello stato di necessità putativo, come percezione soggettiva del necessitato, che, presente nell'art. 59, comma 3, cod. pen., egli tenta con successo di trasferire nel diritto civile attraverso il fenomeno dell'apparenza (art. 1189; art. 534 cod. civ.).

Ma l'a. è altrettanto fermo allorché si tratta – in sede interpretativa – di tracciare le differenze nette in ordine al medesimo istituto secondo il settore giuridico in cui esso è disciplinato. Si pensi al soccorso di necessità. In sede penale, l'art. 593 discorre al riguardo di dovere giuridico, prevedendo l'esenzione da ogni conseguenza penale oppure no (art. 51 cod. pen.). Ma sono chiare le differenze: innanzitutto, l'art. 593 opera quando sia in pericolo l'integrità fisica di una persona; l'art. 2045 attiene invece ad un bene relativo alla sfera della personalità morale. Il primo, discorrendo di dovere giuridico, offre una giustificazione *ex ante* e quindi non prevede alcuna indennità. L'art. 2045 invece disciplina una libera iniziativa dell'agente, di cui appresta una valutazione *ex post*, con conseguente indennità.



5. Bruno Troisi crede nella c.d. depatrimonializzazione del diritto privato: è argomento che viene trattato proprio in quel periodo e da uno studioso a lui molto vicino. L'importanza del profilo attinente agli attributi esistenziali della persona deve fare agio rispetto alle prerogative e alle situazioni patrimoniali, sì che non si dà luogo ad una trasposizione di categorie e di istituti sorti, poniamo, per il settore del patrimonio, e utilizzati poi in ambito personale: emblematico, in proposito, è il tema della dicotomia capacità giuridica e capacità di agire. E tuttavia tale esigenza non va assecondata sempre e comunque, perché può accadere che un istituto sorto per soddisfare interessi patrimoniali si possa opportunamente prestare ad essere utilizzato nel campo degli interessi personali.

Così avviene, nella visione dell'a., allorché si discorre nel soccorso di necessità di chi è tenuto all'indennità. Che questa sia dovuta è fuori discussione (art. 2045 cod. civ.). Ma la norma non si esprime sul soggetto tenuto alla stessa. Nel soccorso necessitato, chi deve pagare: l'agente, la persona favorita o entrambi? L'a. ricorre alla figura della gestione di affari altrui, nella consapevolezza che l'istituto è previsto per le attività patrimoniali, mentre nel soccorso necessitato non ricorre una tale evenienza. Egli afferma quindi che niente impedisce un'applicazione estensiva degli artt. 2028 ss. E ricostruisce così la fattispecie: il danneggiato si rivolge ex art. 2031 al soggetto soccorritore – danneggiante –; ma chi ha tratto vantaggio – l'*utiliter coeptum* – deve tenere indenne il danneggiante dal debito: si tratta, conclude l'a., di un acollo interno.

6. Il tema della qualificazione della fattispecie è molto caro al nostro a. In materia, si è in presenza di molteplici attribuzioni, discorrendo in proposito di atto lecito dannoso ovvero di responsabilità oggettiva. Ma la categoria degli atti leciti dannosi è eterogenea, accogliendo ipotesi disparate: si pensi all'art. 843, all'art. 1328 cod. civ. Né, d'altra parte, si può identificare l'atto necessitato con l'atto autorizzato, giacché questo sconta una valutazione *ex ante* da parte dell'ordinamento, mentre nell'atto necessitato la valutazione avviene *ex post*. Il ricorso poi alla responsabilità oggettiva non è consigliabile, se non altro perché questa non rappresenta una categoria sistematica e ricostruttiva.

D'altro canto, non vale neppure accodarsi all'indirizzo tradizionale che dello stato di necessità ha tracciato sempre i lineamenti negativi: la preoccupazione maggiore della dottrina risiede nell'escludere da essa l'antigiuridicità e la colpevolezza. In tal modo, si restringe lo stato di necessità nel paradigma della regola-eccezione: l'art. 2043 è la regola; l'art. 2045, come causa limitatrice della responsabilità, è l'eccezione.

Bisogna invece uscire da tale strettoia, anche perché l'errore metodologico si traduce in inconveniente pratico.

E allora Troisi, fedele all'insegnamento secondo cui la natura e le caratteristiche di una figura, di un istituto giuridico si determinano dalla disciplina positiva ad essi dedicata, si volge ad indagare la complessa situazione di fatto così come descritta dall'art. 2045 cod. civ. E dall'esame immediatamente traspare una valutazione unitaria, di positiva funzionalità, operata dal legislatore. Ne consegue che essa configura un'autonoma fattispecie di responsabilità e gode, quindi, di una specifica disciplina.

In tale contesto, una posizione rilevante riveste l'equa indennità. Il danno derivante dal comportamento necessitato si colloca nella dimensione dell'ingiustizia. La correlazione



tra vantaggio conseguito e svantaggio arrecato si risolve nell'ingiustificato arricchimento. E allora l'ordinamento è chiamato a rimettere le cose a posto, a far cose con regole (per richiamare una nota opera degli anni '70). L'equa indennità è concessa per ristabilire l'equilibrio alterato – dice l'a. – tra gli interessi collidenti. Essa svolge una funzione perequatrice e redistributiva, in una visione più generale che nel fenomeno dell'attività dei privati, in maniera precorritrice, non scorge una finalità esclusivamente commutativa.



PROFILI EVOLUTIVI DEL DIRITTO DI FAMIGLIA (PER UN'INTRODUZIONE STORICO-SISTEMATICA)

GABRIELLA AUTORINO

1. Più che tutte le altre istituzioni sociali, la famiglia suscita attenzione, indagini, conflitti, polemiche. Per essa, tutte le scienze umane si mobilitano: sociologia, demografia, psicoanalisi, psicologia, medicina, biologia, filosofia e, ovviamente, diritto. Per discorrere di famiglia, ciascuna di queste discipline cerca e trova le proprie parole di qualificazione, che dall'una all'altra talvolta emigrano, assumendo nuovo spessore e nuove funzioni: famiglia unita e disunita; perenne o ricomposta; monoparentale, biparentale o addirittura multiparentale; alimentare o successoria e via via enumerando. Tutte queste famiglie hanno in comune di essere di volta in volta luogo degli affetti o del dissidio; di costruzione o di distruzione della persona; di solidarietà o d'individualismo egoista; di espansione o di oppressione. Vi è tutto nella famiglia, salvo la solitudine: quando si è soli, si è senza famiglia. Negli *Essais sur les lois*, Carbonnier afferma che la famiglia, o meglio il suo diritto, non è altro che "la trama profonda di una società, la sua "costituzione civile". Ne consegue che le grandi trasformazioni sono costanti in questo settore calato interamente nella storia. Senso, contenuto, funzioni si rinnovano costantemente nel corso dei secoli. Montaigne, il grande umanista, confessava candidamente di non ricordare il numero esatto dei figli morti in tenera età. Si sa che Rousseau abbandonò senza remore i propri figli. A tanto non giunse Manzoni, il cui egoismo in famiglia è tuttavia leggendario. La nozione di "dovere genitoriale" s'impone come gravame socialmente e giuridicamente imposto soltanto al partire del diciottesimo secolo. La trasformazione, anzi la rivoluzione della materia in Europa è fisicamente tangibile nell'esperienza di chiunque abbia un'età tale da conservarne i ricordi. Le statistiche sono sempre antipatiche, ma consentitemi di farvi per una volta un brevissimo ricorso: agli inizi degli anni sessanta dello scorso secolo nella maggior parte dei paesi europei la famiglia è marcata dalla stabilità e dalla durata. La vita di coppia non si concepisce che nel matrimonio, nella quasi totalità delle esperienze. Le coppie non coniugate in Europa sono meno del 3%. La gente si sposa in giovane età. Nel 1965 il 56% degli uomini e il 78% delle donne al di sotto dei venticinque anni sono già sposati. Soltanto il 10 % dei matrimoni in Europa, e questa cifra media comprende anche ordinamenti come Spagna e Italia, si conclude nel divorzio. Quasi il 60% dei divorziati si risposa. Lo storico americano Edward Shorter nel lavoro intitolato alla nascita della famiglia moderna, fa prendere avvio all'evoluzione dall'apparizione del salariato. Gli uomini e le donne si vedono via via costretti dapprima sul mercato del lavoro, poi nella vita privata, ad agire come individui liberi di autodeterminarsi. Il peso della comunità diminuisce, dunque, nella misura in cui aumenta quello della libera decisione individuale. Il diritto fa suo questo sviluppo e lo porta a compimento, sulla spinta della libertà e dell'eguaglianza, facendo eguali uomini e donne, poi dando a tutti i figli, quale che sia la loro nascita, gli stessi diritti. Questa trasformazione, questa "rivoluzione tranquilla", contrassegna tutti i paesi europei, da Est a Ovest, da Nord a Sud, anche se con cadenze e talvolta con strumenti differenti. Tra gli studiosi europei del diritto di famiglia, tranne



ahimè quelli che appartengono all'ordinamento italiano, è preponderante la convinzione della tendenza al ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia familiare. Il fenomeno si riconduce alle interferenze e agli intrecci tra fonti anomale di produzione giuridica: il diritto scaturente in qualche modo dal Consiglio d'Europa, quello dell'Unione europea, quello convenzionale o giurisprudenziale delle Corti di giustizia, lo stesso diritto comparato che nell'immaginario europeo finalmente assurge a fonte, e non più soltanto formante normativo. Le relazioni che intercorrono tra i diversi ordini giuridici europei, che siano nazionali o sovranazionali, non si riducono a un rapporto gerarchico o orizzontale. Sono assai più complesse e posano sul dialogo, vale a dire sugli scambi e sulle influenze reciproche. Il ravvicinamento sembra avvenire nel rispetto delle diversità degli approcci tradizionali alla materia, ma inesorabilmente lungo le vie del coordinamento, dell'uniformizzazione causata dall'opera del diritto internazionale privato, dall'armonizzazione sulla spinta dei principi fondamentali di libertà e di eguaglianza. La giurisprudenza della CEDU, utilizzando tali fonti e in particolar modo proprio il diritto comparato come portatore delle regole applicabili in quanto patrimonio comune degli Stati firmatari, spinge prepotentemente verso tale direzione, soprattutto affermando l'interpretazione evolutiva della nozione di vita familiare, di tutela della privacy, del divieto di discriminazione di cui agli artt. 8 e 14 della Convenzione sui diritti dell'uomo. Brandendo il vessillo della vita familiare, la Corte impone agli Stati il rispetto dell'effettività della stessa. La vita familiare assume meritevolezza di tutela di per se stessa in quanto esistente, indipendentemente dalla santificazione della forma: e così vi è famiglia quando esiste "in effetti" un rapporto tra soggetti: coppia, genitori e figli, coppie anomale, comunità anomale, rapporto, ovviamente, meritevole di tutela. Entrano così nell'ambito della protezione giuridica le famiglie non fondate sul matrimonio, monogenitoriali, bigenitoriali, multigenitoriali, nel rilievo assunto dal terzo genitore che non abbia un legame di sangue ma una relazione affettiva-educativa da conservare nell'interesse del minore; famiglie etero e omosessuali. E ciò, ripeto, indipendentemente dal fatto che il rapporto scaturisca da una qualche fonte, legale o convenzionale, comunque istituzionalizzata. Certo, nel rispetto delle diversità delle situazioni normative locali, senza imporre accelerazioni che non rispondano ad un'evoluzione quasi giunta a compimento, nello Stato sotto accusa, ma inesorabilmente spingendo in questa direzione. Sul fondo la convinzione che sia acquisito in ogni ordinamento il nuovo fondamento della vita familiare, quello che i sociologi chiamano l'amore confluyente – l'espressione è di Anthony Giddens – dove i soggetti coinvolti decidono liberamente il modo di vivere insieme, di collaborare, di comunicare, che la lingua del diritto traduce nella negoziazione, meritevole di tutela secondo i principi generali della democraticità, del personalismo e del solidarismo. Anche il termine "genitore" emerge come una nozione contestata e molteplice nei significati, che rinvia a un insieme fluido di pratiche e di significati sociali, storicamente e culturalmente "situati". Nel tempo attuale, le identità genitoriali, come quelle coniugali o di altre relazioni familiari, non sono attribuite o imposte una volta per tutte, ma negoziate e costruite nel lungo periodo. Il che si poggia su due idee fondamentali: quella della "costruzione" – non si nasce genitori, ma lo si diventa – e quella dell'indifferenziazione – ciò che importa è di essere un buon genitore –. Il che giustifica l'impulso verso la scomparsa del concetto di legittimità. Ma anche la maggiore importanza anzi la necessità che si accentui il ricorso ai concetti di responsabilità individuale e precipuamente secondo i precetti del diritto comune. Sull'Italia, incombe una nu-



be oscura, costituita dall'ignavia e dall'ambiguità di un legislatore che si sottrae alla responsabilità di assumere una posizione chiara e condivisa sulle questioni che comporta una rivoluzione che da tranquilla si trasforma via via in tumultuosa. Ne conseguono disordine, incertezza, dolore e un marchio d'inciviltà che pesa su una società intera se si pensa soprattutto alle inadempienze nei confronti dei più deboli, dei più indifesi. L'orizzonte si fa minaccioso in tutta Europa se si pone mente alle difficoltà economiche e sociali legate all'allungamento della durata della vita e al conseguente aumento della dipendenza. Come molti altri paesi, l'Italia scopre, non senza inquietudine, i limiti delle solidarietà pubbliche, allorché, per ragioni derivanti dalle contingenze economiche e sociali, vede al contempo affievolirsi e arretrare le solidarietà familiari, connotato fin qui peculiare della nostra tradizione culturale. E allora, in un quadro che vede sempre di più infranto il mito dello Stato-providenza, Stato che anzi delega sempre più le sue competenze a strutture pubbliche o private locali, Stato che in qualche modo "esternalizza" la solidarietà nazionale e la trasforma in solidarietà di prossimità, forse bisogna ripensare proprio la famiglia come quadro naturale della solidarietà tra generazioni. Ma giammai in termini di sussidiarietà. Meglio, forse, in termini di complementarietà e di condivisione. Occorre interrogarsi anche sul fondamento di questa solidarietà, tentando, chissà, di superare i due consueti pilastri della parentela e dell'affinità. Per tentare di ricostruirla, di là dai legami giuridici, sulle realtà tanto differenti della vita familiare, sulle scelte della persona nel corso della sua esistenza. Per non incorrere nella condanna della storia per aver ignorato chi dipende economicamente, giuridicamente e umanamente, denegandone la dignità. La delicata materia dei rapporti familiari è spesso luogo di confronti, talvolta duri, tra opposte rappresentazioni – nelle funzioni e nei fondamenti – della disciplina che sul piano del diritto deve reggere e ordinare le situazioni familiari. Queste, la cui titolarità istituzionale appartiene ai componenti della famiglia, specie se considerata nella sua dimensione più ristretta, per definizione sono legate soprattutto dai vincoli costituzionali della solidarietà familiare di cui, nel nostro ordinamento, all'art. 2 Cost.

Il diritto di famiglia in generale, le regole concernenti i rapporti coniugali, le norme sulla filiazione e le relazioni tra genitori e figli in particolare, nel volgere di una cinquantina di anni hanno subito non già una modificazione, ma piuttosto una rivoluzione rispetto alla precedente tradizione che pur nel lungo periodo e nonostante le modificazioni socioeconomico-politiche che pure si registravano nelle comunità statuali – basti pensare agli sconvolgimenti operati nella vita delle famiglie dal secondo conflitto mondiale – si era mantenuta piuttosto stabile e omogenea nella corrispondenza tra i profili differenti dell'organizzazione dell'esperienza umana.

Si potrebbe affermare che si assiste a una specie di frattura, come se un mondo nuovo emergesse a poco a poco, prendendo lentamente e a fatica consapevolezza dell'evoluzione degli istituti e delle conseguenze di tali cambiamenti che non è azzardato definire epocali. All'origine della trasformazione che sempre più rapida coinvolge l'insieme degli istituti familiari, nel settore specifico della conoscenza che si serve degli strumenti del diritto, vi è certamente il patto tra i consociati, che si esprima in una costituzione scritta e rigida o che si collochi sul piano della rilevazione dei principi generali e qualificanti un ordine giuridico, che nei vari ordinamenti rifonda il sistema famiglia, ispirandosi alla esaltazione delle situazioni reciproche dei singoli componenti il gruppo familiare precedentemen-



te sacrificate a un variamente individuato interesse superiore, imputato o alla collettività o alla famiglia nel suo insieme.

È fin troppo noto il percorso seguito sulla strada delle profonde trasformazioni della realtà sociale e dunque giuridica della famiglia. E perciò appare inutile ripercorrerlo, sia pure sinteticamente. Quel che sembra di poter affermare, tuttavia, è che le mutazioni cui si va assistendo negli ultimi anni e che abbracciano la quasi totalità delle esperienze europee – tanto da trasformarsi in un *plafond* comune di principi e norme in tema di famiglia che rinnegano l'antica convinzione secondo cui in tali settori è più difficile l'armonizzazione delle discipline –, segnano un cambiamento assai più profondo di quello espresso dalla società emersa dalla vittoria delle borghesie sul precedente ordine sociale.

La trasformazione cui si va assistendo è maggiore ancora di quella dell'ondata di cambiamento che ha percorso l'Europa negli anni 1960-70, culminata nelle leggi di riforma che si sono susseguite nella quasi totalità degli ordinamenti europei presi a riferimento in questa indagine. Le nuove normative, seppure avessero funzionalizzato la disciplina allo sviluppo libero e armonioso dell'individuo o della persona, secondo che l'orientamento fosse maggiormente individualista o relazionale, in un'ansia di dare effettività agli impegni fondamentali dettati dal principio di eguaglianza, da quello di pari dignità e dal divieto di discriminazione, pur tuttavia non mettevano in discussione le basi tradizionali della famiglia, in particolare le fonti di costituzione, la procreazione all'interno della medesima, la parentela fondata sulla filiazione legittima o naturale.

Nondimeno, le modificazioni erano state importanti, in quel periodo e in quello successivo che trascorre lungo gli anni dagli ottanta ai novanta. Si pensi soltanto alla normativa in tema di scioglimento del matrimonio che, se in Italia e in Spagna giunge con molto ritardo rispetto agli altri paesi europei – nel 1970, l'una, nel 1981, l'altra, dopo il cambio social successivo alla scomparsa di Francisco Franco e alla emanazione della Costituzione del 1978 – in quasi tutte le altre esperienze europee si era evoluta man mano nel senso di rompere il collegamento tra colpa e sanzione per legare il provvedimento di divorzio alla costatazione della scomparsa della comunione di vita materiale e spirituale tra i coniugi.

Abbandonato il meccanismo colpevolistico, per necessaria conseguenza l'impostazione delle discipline riformate sanciva la corrispondenza degli effetti patrimoniali e personali del divorzio, di là dal riacquisto della libertà di stato e della cancellazione del rapporto di coniugio, alla tutela dell'interesse più meritevole tra quelli correlati ai coniugi e sempre e comunque dell'interesse del figlio minore. Ancora più sensibile era stata la trasformazione delle discipline dei rapporti coniugali, personali e patrimoniali, improntati all'eguaglianza e alla pari dignità; dell'intero complesso della potestà dei genitori; della coerente applicazione del principio di democraticità nella comunità familiare, con l'emersione della regola dell'accordo e della tutela delle libertà fondamentali; pesantemente delle discriminazioni tra figli nati fuori o dentro il matrimonio, con palpabile tensione verso la totale parificazione degli *status*.

Eppure non vi era distacco dalle radici, mentre ora sotto molteplici aspetti le regole e soprattutto il dibattito contemporaneo sembrano abbandonare un'eredità millenaria per percorrere vie lungo le quali gli istituti tradizionali non sono soltanto modificati nelle loro funzioni e nel loro regime, ma sono ridiscussi nella loro stessa essenza, talvolta nella loro



stessa esistenza. Nuovi modelli, nuove nozioni, nuove categorie si affollano talvolta chiari talvolta ambigui davanti agli occhi dell'interprete.

Le cause di questa frattura sono molteplici e complesse. Certo, risiedono nell'evoluzione dei costumi, dei modelli sociali di convivenza, della percezione dei valori, nella richiesta esigente di nuovi valori che rispondano all'asserita signoria, in questi settori dell'esistenza umana, della volontà del singolo, in un individualismo talvolta esasperato; rispondono a una specie di nuova consacrazione, in questo settore, del diritto soggettivo, che si credeva assorbito nella nozione di situazione giuridica soggettiva, complessa, sostanziata di potere e di dovere, seppure variamente coniugati a seconda della natura delle situazioni stesse; alla sacralità assunta dai diritti fondamentali.

Ma a ben guardare, queste considerazioni, pur se si valutassero esatte e valide per tutti gli ordinamenti considerati, non basterebbero a giustificare e comprendere una trasformazione di tale portata. Probabilmente essa deriva allora da un altro aspetto entrato prepotentemente nella sfera intima della persona: il progresso scientifico, la conoscenza dei meccanismi su cui si articola l'esistenza biologica dell'uomo, la convinzione di poter padroneggiare la propria vita, attraverso tale conoscenza, sotto molti aspetti prima inattesi. A partire dagli anni settanta, il controllo della procreazione ha trasformato le relazioni tra uomo e donna e conseguentemente ha stravolto gli istituti giuridici che le organizzano giuridicamente, in particolare matrimonio e filiazione. Effetti ancora più possenti ha provocato il dominio della procreazione, quando l'uomo si è dotato di nuovi poteri per trasmettere la vita e ha osato separare la procreazione dalla sessualità. Gli effetti sono devastanti sul precedente assetto dei fondamenti della genitorialità e della filiazione anche sul palcoscenico del diritto.

La questione delle tecniche di regolamentazione delle continue e profonde e inarrestabili innovazioni della scienza e della tecnica, specie quando invadono il piano più intimo delle relazioni umane, si colora di crescente inquietudine quando si prende atto che quelle si mostrano assai restie al confronto con i tradizionali paradigmi culturali, tanto da porre in grave crisi le categorie dommatiche elaborate nei secoli dal diritto civile.

Da qui alcune conseguenti considerazioni.

L'impegno preminente che assume chi affronta temi di diritto familiare è il tentativo di ricostruire la materia su basi rigorosamente giuridiche. Infatti, non sono da sottovalutare le peculiari difficoltà di un'analisi nel corso della quale – come sempre avviene allorché s'indagano argomenti incentrati su situazioni esistenziali –, è necessario fare i conti ad ogni istante con implicazioni sociologiche, ideologiche, religiose, etiche e così via. Queste facilmente si traducono in considerazioni metagiuridiche o nella tentazione di piegare il dato normativo alla propria visione del mondo, scaturente dal personale bagaglio ideologico e culturale. Sì che il diritto di famiglia appare essere il vero banco di prova del giurista di diritto positivo.

È chiaro che non s'intende affatto avvalorare l'idea del necessario agnosticismo del giurista di fronte alla norma, del giurista astratto dal momento storico in cui vive, del diritto puro e impermeabile alle sollecitazioni che provengono dalla realtà sociale. Tutt'altro. Mai come in relazione all'istituto familiare isolare e separare il diritto dalla storia si mostra come precisa scelta ideologica.



Quel che s'intende sostenere è cosa assai diversa e si esprime nel rifiuto di cadere nella logica della contrapposizione tra dommatismo e sociologismo giuridico, che di fronte a siffatti temi assume accenti ancor più esasperati.

Infatti, in primo luogo occorre essere avvertiti dell'impossibilità di utilizzare – con una rigida trasposizione – categorie e strumenti, nati per la maggior parte in funzione di situazioni di carattere patrimoniale, quando si tratti di situazioni di natura strettamente personale. D'altra parte, non è possibile negare che proprio per i rapporti familiari si accentua maggiormente il movimento di trasformazione e di evoluzione che coinvolge ciascun aspetto della vita umana considerato dal diritto. Dunque, la correttezza di un'indagine come quella che s'intende affrontare risiede per l'appunto nell'esatto rilevamento della disciplina normativa di tali rapporti.

Questo attento lavoro di ricerca va intrapreso nella consapevolezza che la disciplina in questione si rinviene non soltanto nei codici e nelle leggi speciali, ma soprattutto a livello costituzionale, là dove la Costituzione detta i principi fondamentali e dà regolamentazione ai diritti e ai doveri dell'individuo, consentendo in tal modo – ed è l'aspetto più importante – d'individuare la nozione stessa di famiglia.

Per nozione di famiglia s'intende, in questo contesto, la «concezione globale» della famiglia stessa o meglio la nozione fondamentale accolta dall'ordinamento giuridico e posta alla base e al contempo intesa come criterio interpretativo armonizzante di tutte le norme che alla famiglia si riferiscono. Proprio a tal fine, l'indagine s'incentra sulle norme costituzionali dedicate alla famiglia e in particolare sull'art. 29 Cost. Il dibattito dottrinale sul tema prospettato è talmente ampio e variegato da rendere difficile ogni tentativo di sintesi. Tuttavia, sono individuabili due tendenze ben distinte. La prima visione, fondandosi sulle espressioni «riconosce» e «società naturale» utilizzate dal costituente nel comma 1 dell'art. 29, si richiama a valutazioni estranee al diritto positivo, individuando la nozione di famiglia rilevante per l'ordinamento all'interno del diritto naturale. Sì che la società naturale di cui discorre la norma diventa in questa prospettiva «società di diritto naturale» e la famiglia diventa espressione di un «ordine naturale» immutabile, astorico, eterno, talvolta informato al «diritto razionale» – e per ciò stesso conforme a natura –, talaltra ispirato a «valori metafisici di ordine superiore», in entrambi i casi pregiuridico, ma non derogabile né violabile dal diritto. La struttura gerarchica della famiglia, le discriminazioni contro la filiazione naturale, l'indissolubilità del matrimonio, cui una volta s'ispirava la disciplina ora abrogata, le stesse compressioni delle libertà fondamentali dei singoli componenti del gruppo familiare sono intese appunto come espressioni dell'ordine naturale della famiglia e come tali assunte dal legislatore.

L'erroneità di prospettiva in cui si muove l'indirizzo descritto è stata efficacemente messa in luce da ampia dottrina, sì che ne risulta agevole la confutazione. Non è consentito, infatti, da un lato astrarre l'ordinamento familiare da qualsiasi evoluzione storica dei rapporti che ne sono oggetto e dall'altro isolare il dettato dell'art. 29, comma 1, Cost. dal contesto normativo cui esso appartiene.

Per quanto attiene alla prima obiezione, il fatto che lo sviluppo subito dall'istituto familiare, considerato sia come fenomeno sociale che giuridico, abbia condotto ad un mutamento di strutture e di funzioni della famiglia stessa è un dato ormai acquisito sia dalle scienze sociali che da quelle giuridiche. Non può essere messo seriamente in dubbio che la



concezione e pertanto la struttura della famiglia propria del codice civile del 1942 rispondono appunto a funzioni che essa non è più in grado di esplicare, come ad esempio, tra le principali, quella di essere un organismo economico-produttivo; quella della conservazione del patrimonio familiare; infine, e soprattutto, quella di fungere da «centro politico elementare» depositario e strumento di trasmissione dei valori e degli interessi della comunità politico-giuridica dominante.

Né è pensabile che nozione e struttura suddette possano restare immutate di fronte al ribaltamento verificatosi in seguito all'introduzione nell'ordinamento della Carta costituzionale, con la conseguente sostituzione al principio solidaristico-produttivistico proprio del codice civile del 1942, di quello di solidarietà sociale posto dalla Costituzione come criterio informatore dell'intero ordine giuridico. Se questo è vero, e se è vero – come è vero – che la persona umana è al primo posto nella gerarchia dei valori fatta propria dalla Costituzione (art. 2), se cioè il valore «persona umana» costituisce la parte caratterizzante l'ordinamento giuridico sì da garantirne l'unitarietà, come insegna autorevole dottrina, risulta più evidente l'errore di assumere come oggetto d'interpretazione il comma 1 dell'art. 29 isolato non soltanto dal successivo comma dello stesso articolo – che pure si richiama ai concetti di eguaglianza e di pari dignità sociale e morale –, ma soprattutto dall'art. 2 Cost., inteso come clausola generale di tutela della persona umana. Pertanto, non sembra possibile accreditare altra interpretazione se non quella che colleghi l'art. 29 all'art. 2 Cost., dove si afferma che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità...». In tal modo, l'espressione «società naturale» diventa sinonimo di formazione sociale che in tanto riceve tutela dall'ordinamento in quanto è idonea a svolgere le funzioni essenziali che le sono assegnate, legate all'esistenza e allo svolgimento della personalità dell'individuo.

L'inquadramento della famiglia nella tematica delle formazioni sociali rende agevole l'individuazione degli interessi tutelati dalle norme costituzionali che ne dettano i principi fondamentali: artt. 29-31 Cost. Tali interessi sono sintetizzati nell'integrale tutela di ciascun individuo componente la famiglia, nella sua dignità di persona e nel pieno e libero sviluppo della sua personalità. Pertanto, la Costituzione riconosce e garantisce la famiglia in quanto strumento per lo svolgimento armonico dell'individuo e per la garanzia dei suoi diritti fondamentali. Se ne deduce che siffatta tutela non è espressione di uno specifico interesse dello Stato nei confronti del matrimonio e della famiglia, ma è dettata in funzione degli individui che ne sono membri.

Appaiono da respingere le opinioni dottrinali che intendono avallare nel nostro ordinamento visioni «pubblicistiche» o «superindividuali» della famiglia, secondo cui l'interesse della collettività e del gruppo dovrebbe prevalere su quello del singolo individuo anche quando sono coinvolti aspetti inerenti allo sviluppo della personalità e alla tutela della dignità umana. Neppure l'indirizzo che ritiene attribuita alla famiglia, in virtù dell'art. 29 Cost., una «soggettività privata di diritto costituzionale», sfugge alla fondamentale obiezione che non sono individuabili all'interno della famiglia interessi del gruppo familiare distinti e sovraordinati rispetto a quelli dei singoli componenti e quindi tutelati in quanto riferibili al gruppo e non ai suoi appartenenti. Sì che i «diritti della famiglia» di cui discorre l'art. 29, comma 1, Cost. vanno correttamente intesi come «diritti nella famiglia». Inoltre, la garanzia dell'ordine naturale della famiglia non rimanda a concezioni giusnaturalistiche, ma alla tute-



la indirizzata all'autonomia dei componenti il gruppo familiare di dare alla famiglia l'assetto maggiormente rispondente alle proprie esigenze di natura esistenziale, nel quadro dei principi e delle libertà fondamentali delineato dalla Costituzione.

In questo senso vanno intesi gli asseriti fenomeni di «privatizzazione» e di «funzionalizzazione» della disciplina familiare. Essi sottintendono l'emersione degli interessi del singolo rispetto a quelli del gruppo, in una prospettiva solidaristica che impone la ricerca di un criterio di contemperamento dell'esercizio dei diritti fondamentali o meglio di «equilibrio delle libertà». Infatti, dalla concezione delineata consegue che i diritti e le libertà fondamentali, elencati dalla Costituzione, trovano vigenza e applicazione anche all'interno della famiglia. Né l'autonomia organizzativa che «naturalmente» le compete può significare «naturale impermeabilità» all'intervento al suo interno dello Stato. Tale autonomia non può spingersi sino a violare il disegno costituzionale fondante questo ambito di rapporti né l'intervento dello Stato può limitarsi soltanto alla funzione esterna di eliminare gli ostacoli che si oppongono alla vita della formazione sociale e allo sviluppo della personalità dei suoi membri (art. 3, comma 2, Cost.). L'intervento dello Stato, pur nei limiti segnati dalla tutela della dignità personale dei singoli componenti – più che dalla garanzia dell'intimità della famiglia –, può e deve esercitarsi anche come controllo affinché nel gruppo familiare non vengano conculcati i diritti inviolabili dei singoli componenti; specie allorché si tratta di garantire tutela a soggetti sottoposti all'altrui potestà familiare: minori, incapaci.

L'esaltazione del modello associativo rende altresì insoddisfacenti le teoriche che, privilegiando il momento della formazione del vincolo, accreditano una visione contrattualistica del matrimonio. Invece, nella prospettiva che qui si vuol seguire, si tratti di società coniugale o di società familiare, rimangono identici i principi informatori della disciplina, privilegiando il profilo del rapporto rispetto a quello della fonte costitutiva.

L'opinione trova conforto nel mutamento di valutazione cui si va gradualmente assistendo in relazione alla c.d. famiglia di fatto. Un consistente orientamento dottrinale, rafforzato dal riconoscimento che l'unione naturale non fondata sul matrimonio riceve in numerose norme, in particolare dopo la riforma del 1975 (si pensi agli artt. 261 e 317 *bis* cod. civ.), è indirizzato ad attribuire alla famiglia non fondata sul matrimonio non soltanto rilevanza giuridica – com'è di tutti i fenomeni della realtà sociale – ma soprattutto meritevolezza di tutela da parte dell'ordinamento, allorché la famiglia «di fatto» è idonea a svolgere le medesime funzioni attribuite dall'ordinamento alla famiglia «legittima» e non si pone in contrasto con questa. Quest'ultimo profilo abbisogna di una precisazione: il contrasto tra la famiglia legittima e la famiglia di fatto rilevante per il diritto (art. 31 Cost.) e pregiudizievole per la seconda può concernere – nella visione costituzionale: art. 2 Cost. –, soltanto situazioni esistenziali che riguardino i componenti della c.d. famiglia nucleare, cioè quella formata dai coniugi e dai loro figli.

Si può asserire, allora, che nel nostro ordinamento l'unità della famiglia, elevata a valore nel comma 2 dell'art. 29 Cost., in tanto riceve tutela in quanto assicuri all'individuo nel (e quindi riguardo al) gruppo familiare l'armonico sviluppo della personalità e la garanzia dei diritti di libertà e di dignità umana. Allorché in concreto viene a mancare l'idoneità della famiglia a svolgere tali funzioni, cade altresì l'interesse della collettività al mantenimento della sua coesione. Sì che divorzio e separazione personale dei coniugi appaiono come gli estremi mezzi di tutela attribuiti all'individuo contro l'intollerabile compressione dei propri



diritti essenziali, causata dalla compromessa situazione familiare. Resta da vedere quanto spazio residui, in questa prospettiva, al c.d. principio di colpevolezza, consistente nella valutazione negativa da parte dell'ordinamento del comportamento reciproco dei coniugi da cui trarre conseguenze sanzionatorie e per quanto attiene alla concessione del divorzio o della separazione e per quanto concerne gli effetti di tali provvedimenti nell'ambito dei rapporti personali e patrimoniali dei coniugi e dei coniugi rispetto ai figli.

2. L'affermarsi di una pluralità di modelli familiari, che talvolta sottendono la necessità di risolvere problemi sociali, come accadde per gli anziani e le coppie omosessuali, si è compiuta in altri ordinamenti attraverso una metamorfosi della "famiglia" tradizionalmente intesa derivata dalla rivalutazione degli spazi affidati alle libere scelte dei suoi componenti. Ad un astratto prototipo di famiglia se ne è sostituito uno in cui la flessibilità appare essere direttamente proporzionale alla diversità degli interessi rappresentati. Questa flessibilità e fluidità si riflettono altresì nel linguaggio utilizzato dai diversi sistemi per connotare il fenomeno: *convivenze more uxorio*, *union libre*, *concubinage*, *ebeähnliche Gemeinschaft*, *nichteheliche Lebensgemeinschaft*, *Partnerschaftsvertrag* e via enumerando, secondo una terminologia in cui ciascuna espressione mantiene un suo preciso significato e non può essere disinvoltamente tradotta nell'altra. La questione è connessa al fatto che negli ordinamenti presi a paradigma del confronto non si dibatte e non si regola soltanto il fenomeno delle famiglie eterologhe non fondate sul matrimonio, ma anche quello delle coppie omosessuali. Il problema sembra dunque biforcarsi in due direzioni contrapposte: per la coppia eterosessuale è l'ordinamento che si preoccupa di ricostruire criteri e linee di regolamentazione nell'ipotesi di necessità di tutela di uno dei componenti la famiglia non fondata sul matrimonio; per quelle omosessuali si avverte un anelito, un'esigenza fortissima di istituzionalizzazione; la pretesa cioè del riconoscimento dell'esistenza di una famiglia che trovi fonte istituzionalizzata non in un atto di autonomia ma in un procedimento paragonabile a quello necessario per contrarre matrimonio. I problemi vanno affrontati dunque con approcci rigorosamente distinti e non sopportano a mio avviso soluzioni compartite.

L'attenzione si appunta su una considerazione: negli ordinamenti in cui manca una legislazione specifica in tema di unioni libere, la giurisprudenza continua a svolgere un ruolo fondamentale per il riconoscimento di singole posizioni giuridiche soggettive, come dimostrano le sentenze in tema di locazione o di diritto al risarcimento nel caso di morte del convivente. Si tratta comunque di una giurisprudenza che parte per lo più dalla convinzione della diversità giuridica dello *status* di coniuge e di convivente e che a maggior ragione distingue tra la posizione giuridica delle coppie omosessuali e di quelle eterosessuali. Da altro punto di vista, se è forte la tendenza in Europa alla regolamentazione di siffatti fenomeni, è altrettanto vero che essa si esprime, data la eterogeneità degli stessi, in regimi giuridici assai diversificati, talora disciplinando sia le convivenze etero che omosessuali; talora regolando soltanto un tipo di convivenza. All'interesse sollevato a livello dei singoli ordinamenti si accompagna peraltro un processo di progressivo coinvolgimento dell'Unione Europea che, a partire dalla lontana decisione della Corte di Giustizia del 1969, interviene nell'ambito dei rapporti familiari sul presupposto dell'esistenza di "tradizioni costituzionali comuni agli stati membri che costituiscono un corpo di norme non scritte nell'ordinamento comunitario".



L'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza europea, pur nell'ambito di un'apertura verso le convivenze al di fuori del matrimonio, è tuttavia nel senso di riconoscere legittima una diversità di trattamento tra coppie sposate e conviventi eterosessuali. Mentre, per quanto riguarda le coppie omosessuali, si trova frequentemente l'affermazione secondo cui l'art. 12 concerne soltanto i matrimoni conclusi fra persone di sesso differente: si esclude così che si possa discorrere di diritto al matrimonio per le coppie omosessuali né sembra che sia approdata a Strasburgo una questione legata al riconoscimento di tale diritto.

D'altro canto, la diversità degli approcci nelle singole esperienze normative induce a ritenere che l'ipotesi di un diritto europeo della famiglia continui da essere un'immagine dai contorni piuttosto sfumati. In tal senso, gli interventi dell'Unione europea possono essere soltanto interpretati come espressione della tendenza, anche culturale, a delineare una generale fisionomia della famiglia europea, che lascia tuttavia sopravvivere una serie di diversità, anch'esse radicate nella cultura dei popoli che, se continuano a creare problemi sul versante del conflitto di norme, pongono al riparo da ingiustificate perdite d'identità: ancora una volta la soluzione non è unificare, ma armonizzare, cercare cioè le vie parallele che conducono tuttavia alla medesima soluzione di un problema umano.

3. Una volta affermata la rilevanza delle famiglie non fondate sul matrimonio, occorre tuttavia delimitare i criteri attraverso i quali organizzare intorno a ciascun tipo di famiglia la disciplina applicabile. Ancora una volta, i riferimenti-guida vanno individuati a livello costituzionale. Ai principi già menzionati, che si ricavano dagli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost., va aggiunto altresì il delicato profilo della tutela compatibile con quella – privilegiata – accordata dall'ordinamento italiano alla famiglia fondata sul matrimonio, di cui all'art. 31, comma 4, Cost.

A tal proposito, v'è da dire che da tempo è convinzione pressoché unanime che il criterio di compatibilità opera soltanto nella famiglia intesa in senso stretto: in altre parole, esso può essere invocato soltanto a garanzia di situazioni di cui siano titolari il coniuge e i figli nati nel matrimonio. Parimente, il criterio in questione non può comportare il sacrificio di diritti inviolabili secondo l'art. 2 Cost., dei quali va ricercato, in caso di conflitto, l'equilibrio.

Ne è conseguenza, ad esempio, la regolamentazione della famiglia adottiva, per la quale il conflitto è escluso in via di principio: tant'è che non si dà rilievo all'opinione dei figli legittimi rispetto alla decisione dei genitori di adottare con adozione legittimante. Il legame di filiazione, una volta definito "civile", si commisura per intero al legame di filiazione di sangue. La questione più controversa concerne allora la famiglia coniugale, che sia fondata oppur no sul matrimonio. Qui appare meno agevole sia il discorso sulla rilevanza – e quale rilevanza – sia quello sulla compatibilità nonché sulla disciplina applicabile, soprattutto in mancanza di espressa regolamentazione – ai rapporti reciproci tra i conviventi. Qui, alla tesi estrema dell'irrilevanza e dunque dell'inesistenza di regolamentazione, si che i conviventi possono ricevere tutela come singoli, secondo il diritto comune, e mai come partecipanti di un rapporto familiare; si contrappone la visione, anch'essa estrema, ma in prospettiva opposta, che svaluta le differenze tra i due fenomeni, soprattutto riguardo alla mancanza di un atto costitutivo "ufficiale" – celebrazione del matrimonio –. In ultima analisi, tanto la



famiglia legittima che quella di fatto si rapporterebbero entrambe a un atto di autonomia meritevole di tutela, sicché sarebbero incompatibili con la seconda soltanto le norme che trovano giustificazione esclusiva nell'esistenza di un atto di matrimonio, mentre risulterebbero applicabili tutte le disposizioni in tema di rapporto, sia che disciplinino situazioni personali che rapporti patrimoniali. Presupposto di applicazione sarebbe la configurazione di una convivenza seria e stabile, che mostrasse i caratteri della *maritalis affectio*. Ovvero, quando si accertasse tra i conviventi l'esistenza, anche se soltanto per il passato, della comunione di vita materiale e spirituale che costituisce l'essenza del rapporto coniugale.

Le due tendenze probabilmente sono entrambe da respingere. Dell'una si è già discusso. Relativamente alla seconda, l'obiezione più seria consiste nella considerazione che in tal modo si stringerebbe nelle maglie di una regolamentazione imposta un fenomeno fondato sulla libertà e sull'autonomia.

Sembra essere questa l'opinione che guida la giurisprudenza dominante, sia costituzionale che, in particolare, di legittimità, le quali non sfuggono tuttavia a omissioni o ambiguità.

Probabilmente, se è nel giusto chi esorta a considerare le due famiglie come fenomeni distinti ed autonomi, anche se entrambi si reggono su una unione che necessita di un continuo rinnovato consenso, ciò non toglie che non vi sia spazio per l'operatività in ambedue di principi di diritto comune – familiare –, tutt'al più temperati dal richiamo all'associazionismo e dunque ai fondamentali principi del solidarismo e della democraticità. Infatti, si è di fronte a una congerie di relazioni che fanno capo a una espressione che, al pari della famiglia adottiva e di quella naturale, si pone accanto alla famiglia legittima. E rispetto alla quale è dato rinvenire norme di applicazione specifiche e regole invece ispirate a principi di diritto comune familiare.

4. Nell'ordinamento italiano, la teorizzazione di un interesse super-individuale del gruppo familiare, di natura pubblicistica, preminente rispetto all'interesse dei singoli membri e dunque prevalente in caso di conflitto con questi ultimi, portava alla logica conseguenza della compressione – se non del diniego – di riconoscimento dell'autonomia negoziale dei suoi componenti, in ragione di una quasi esclusiva competenza statale a regolamentare i rapporti giuridici familiari. In verità, alla tesi secondo cui la volontà privata non sarebbe idonea a costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici di natura familiare, si contrapponeva già all'epoca l'opinione favorevole alla configurabilità di “negozi giuridici familiari” i quali, pur se caratterizzati dalla finalità di soddisfacimento di un interesse super-individuale, venivano ritenuti espressione di vera e propria autonomia: infatti, in quella visione, per la produzione degli effetti era pur sempre necessario un conforme intento dell'autore dell'atto. Si giungeva così a identificare, nella più vasta categoria del negozio giuridico, una figura generale di negozio familiare, elaborandola al di sopra delle particolarità dei singoli negozi, sui dati offerti dai testi legislativi che modificano la disciplina generale del negozio giuridico.

Il passaggio da una “concezione istituzionale” ad una “concezione costituzionale” della famiglia segna, si è detto, l'emersione degli interessi dei singoli rispetto a quelli del gruppo, in una prospettiva solidaristica che impone la ricerca di un criterio di contempera-



mento dell'esercizio dei diritti fondamentali. Per altro verso, la necessità di operare una sintesi tra interessi individuali e interessi comuni, nonché di assicurare l'unità familiare, a sua volta strumentale alla realizzazione della personalità di tutti i componenti, colloca la famiglia in una dimensione associativa che sfugge ad un'ottica meramente individualistica dei rapporti familiari.

Tale visione conduce, come logico corollario, alla valorizzazione dell'autonomia privata anche in siffatto ambito di rapporti.

Della rilevanza della volontà delle parti nel matrimonio e della sua natura negoziale da tempo più non si dubita. Il problema, semmai, è ora quello inverso di evitare la "contrattualizzazione" dell'istituto. Se è vero – come è vero – che il modello associativo connaturato alla famiglia "costituzionale" rende inappaganti le teoriche che esaltano la vicenda della formazione del vincolo, si mostra nella sua essenzialità il profilo del rapporto rispetto a quello della fonte costitutiva. La qualifica di negozio familiare si lega al fatto che il matrimonio è negozio costitutivo di un rapporto familiare – di coniugio – e in questo rinviene la sua causa: in tal modo si smentisce la possibilità di ricondurre il matrimonio al contratto, poiché rimane esclusa la natura patrimoniale del medesimo. La funzionalizzazione del matrimonio all'individuo, temperata nel nostro ordinamento dall'istanza personalistico-solidaristica che emerge prepotentemente dall'art. 2 Cost., sebbene incida soprattutto sulla nozione di famiglia, e quindi sulla disciplina del rapporto, non può non ripercuotersi sull'atto e dunque sul momento costitutivo, non foss'altro che per il diverso significato che assume l'elemento del consenso matrimoniale. L'aforisma "*consensus facit nuptias*" – che domina l'individuazione degli elementi costitutivi del matrimonio e la cui mancanza pone in dubbio la stessa esistenza del vincolo – nell'attuale regolamentazione rompe l'intimo collegamento con l'istante dello scambio delle dichiarazioni per proiettarsi sul rapporto. Il *consensus* dunque si trasforma in persistenza della comunione di vita soprattutto intesa in senso spirituale.

Il discorso è suscettibile di essere esteso alla maggior parte degli atti di esercizio dell'autonomia privata concernenti il settore familiare. Il pericolo da evitare è che alla privatizzazione del diritto di famiglia segua la sua "mercantilizzazione". Non s'intende escludere che la disciplina generale del contratto possa, in determinate ipotesi, trovarvi applicazione diretta o analogica, bensì sottolineare che l'estensibilità di tale disciplina non può tradursi in una acritica trasposizione di nozioni e di categorie create con riferimento esclusivo ai rapporti patrimoniali: qualsivoglia sia il tipo di rapporto familiare – che abbia prevalente contenuto personale o patrimoniale –, occorre sempre procedere utilizzando un criterio di compatibilità, data la diversità di funzione.

Se l'attenzione s'incentra sui cc.dd. negozi familiari espressamente previsti dal legislatore (quali ad esempio matrimonio, separazione consensuale, riconoscimento di figlio naturale, adozione dei maggiori d'età), caratterizzati dalla tipicità degli effetti negoziali per l'indisponibilità delle situazioni di riferimento, l'eteroregolamentazione è indubitabile. Tuttavia, anche se il rapporto risulta pressoché interamente eteroregolamentato, tali atti sono connotati dalla piena libertà di iniziativa nel momento della costituzione del rapporto. Inoltre, è evidente che l'ordinamento considera rilevante non soltanto la "mera" volontà dell'atto, ma anche la volontà dell'effetto, e cioè l'intento di perseguire uno scopo ulteriore ed esteriore rispetto all'atto stesso. Di conseguenza, gli atti in questione sono qualificabili



come esercizio di attività negoziale, perché se è vero che il soggetto non può volere diversamente dallo schema fissato dalla legge, è pur vero che egli vuole in quel modo.

Siffatte considerazioni valgono ad orientare anche nella soluzione del problema concernente la configurabilità e la vincolatività, in ambito familiare, di manifestazioni di volontà negoziale a contenuto diverso da quello tipicamente disciplinato dalla legge. Se, infatti, si aderisce alla tesi secondo cui l'autonomia privata non è esclusa dalla tipicità degli effetti, e si richiede soltanto la presenza di un atto libero e discrezionale d'iniziativa, la medesima natura negoziale non può essere negata per gli atti inerenti ai rapporti tra familiari sulla scorta della presunta indisponibilità di tutte le situazioni giuridiche soggettive familiari.

Del resto, questa stessa generalizzata indisponibilità è concetto che presta il fianco a motivate critiche. Né essa può fondarsi su una – insostenibile – natura pubblicistica delle situazioni suddette.

5. Che la disciplina della contribuzione dei coniugi al soddisfacimento dei bisogni familiari sia assolutamente inderogabile sembra essere conclusione pacifica, che deriva direttamente dalla natura di ordine pubblico costituzionale dei principi di solidarietà e proporzionalità contributiva, già evidenziata a proposito dell'invalidità di convenzioni matrimoniali difformi rispetto a quelle regole che, pur dettate in tema di regime secondario, ad essi si collegano. Tuttavia, le ulteriori argomentazioni in merito alla esclusione dalla sfera di applicabilità dell'art. 160 c.c. dei rapporti di natura personale non sembrano né indiscutibilmente probanti né totalmente condivisibili. Se – come si crede di poter sostenere – la natura personale del rapporto non esclude di per sé la sua negoziabilità ma semplicemente la qualificabilità della vicenda in termini contrattuali, l'inderogabilità dei diritti morali dei coniugi non può più addursi sulla sola base dell'art. 1321 c.c., e la sottrazione della categoria all'ambito di applicazione dell'art. 160 c.c. crea il rischio di lasciare tali situazioni sguarnite della necessaria tutela. Infatti, gli obblighi reciproci di fedeltà, di assistenza morale e materiale, di coabitazione, di collaborazione nell'interesse della famiglia, non possono essere affatto considerati come liberamente disponibili e rinunziabili da parte dei coniugi, pur in presenza di accordo tra i medesimi. È evidente l'erroneità di una prospettiva che, di fronte ad una serie di diritti e doveri ritenuti dall'ordinamento giuridico come qualificanti il rapporto di coniugio, costituzionalmente riconosciuto e distinto da una convivenza non qualificata, attribuisca una tutela più pregnante alle situazioni giuridiche di carattere patrimoniale che dalla stessa Costituzione sono subordinate e funzionalizzate a quelle di natura personale.

Preferibile appare, in ogni caso, l'indirizzo che comprende tra i diritti e i doveri di cui l'art. 160 c.c. sancisce l'inderogabilità di tutti quelli, e di natura patrimoniale e di natura personale, che ai sensi dell'art. 143 c.c. caratterizzano il vincolo coniugale.

Tuttavia, anche con riferimento a tali situazioni giuridiche soggettive, sarebbe errato intendere l'indisponibilità in termini assoluti. Vero è che esse sono intrasmissibili ed irrinunziabili (oltre che imprescrittibili); ma trasferimento e rinunzia, se tradizionalmente rappresentano le due categorie fondamentali di atti di disposizione elaborate con riferimento ai diritti patrimoniali, non esauriscono l'ambito del potere dispositivo, nel quale rientrano tutte le modalità di esercizio della situazione soggettiva che provocano un mutamento nei



rapporti giuridici preesistenti, e specificamente una vicenda costitutiva, modificativa o estintiva di un rapporto giuridico.

Ora, poiché la nascita dei diritti e doveri coniugali è disposta dalla legge e la loro estinzione è dalla legge stessa sottratta all'autonomia delle parti, si tratta di stabilire se e in che termini alle stesse sia invece riconosciuto un potere dispositivo che si estrinsechi nella modificazione del rapporto. Ove si consideri che il rapporto giuridico, sotto il profilo funzionale, si traduce in un regolamento di interessi, e che dunque alle vicende modificative va ricondotta la modifica della disciplina, anche se attenga a modalità accessorie, l'indagine si incentra sulla possibilità che i coniugi, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, pongano in essere atti aventi la funzione di regolamentare lo svolgimento del rapporto di coniugio, senza con ciò derogare ai diritti e doveri previsti dall'art. 143 c.c.

Ciò presuppone, innanzitutto, la presa di coscienza che il venir meno della rilevanza pubblicistica delle situazioni giuridiche soggettive familiari si riflette anche sulla determinazione del loro profilo attuativo. Se funzione essenziale della famiglia è quella di favorire lo svolgimento della personalità dei suoi componenti, l'individuazione degli strumenti idonei alla realizzazione della funzione – e dunque delle regole di disciplina del rapporto –, non può essere rigidamente cristallizzata in precetti normativi generali e astratti, ma richiede l'adeguamento del regolamento alle esigenze di vita di quel determinato nucleo familiare.

Con ciò non si vuol sostenere che il contenuto dei diritti e doveri di cui all'art. 143 c.c. non sia obiettivamente determinabile a priori ma sia rimesso alla “concretizzazione” dei coniugi, pur entro i limiti di un “minimo inderogabile” non intaccabile dalle loro intese – minimo tra l'altro problematicamente variabile a seconda del punto di riferimento dell'osservatore –. In altri termini, qui non vi è un precetto normativo ben determinato che sia dettato, tuttavia, con norma dispositiva, di modo che possa configurarsi una lecita deroga ad esso ad opera delle parti; qui si è in presenza di una norma imperativa – quale è certamente l'art. 143 c.c. – che però lascia all'interprete un certo margine di determinazione del suo contenuto. In base a tale previa determinazione occorrerà valutare gli accordi tra le parti che sulle relative situazioni incidono e giudicare se essi si pongano in contrasto con il contenuto così individuato – nel qual caso vi sarà una deroga vietata dalla legge – o, viceversa, siano conformi ad esso – ed allora non vi sarà alcuna “deroga”, ma piuttosto “attuazione” del comando normativo tramite la determinazione delle concrete modalità di esercizio delle situazioni giuridiche soggettive reciproche il cui contenuto è imperativamente disposto dalla legge –.

Dal punto di vista effettuale, inoltre, gli atti di autonomia privata posti in essere dai coniugi producono sicuramente conseguenze innovative e non meramente conservative sul rapporto giuridico. Occorre aggiungere che dall'accordo scaturiscono anche effetti inquadabili tra le vicende costitutive. L'ultimo assunto può trovare conferma dall'analisi dell'art. 144 c.c., cui vengono pacificamente ricondotte le intese coniugali in merito ai diritti e doveri reciproci.

Siffatta considerazione introduce il delicato problema dei limiti da riconoscere all'autonomia degli sposi nella esplicazione del rapporto coniugale. Autonomia che già a prima vista si presenta con caratteristiche peculiari, tali da motivare l'affermazione che l'accordo tra i coniugi previsto dall'art. 144 c.c. è al tempo stesso atto negoziale e però anche comportamento dovuto. È opinione pacifica, infatti, che i coniugi abbiano un vero e



proprio obbligo di sottostare alla regola dell'accordo, sia nel senso che essi non possono consensualmente derogarvi, sia nel senso che essi devono tenere un comportamento volto a favorire il raggiungimento dell'intesa. Ovviamente, il rifiuto di uno dei coniugi di aderire a una decisione dell'altro non costituisce di per sé violazione di un dovere coniugale, ma un reiterato ed ingiustificato diniego di concordare l'indirizzo della vita coniugale può invece motivare non solo la richiesta di separazione giudiziale per intollerabilità della convivenza, ma anche l'addebito della separazione stessa. Dunque la doverosità dell'accordo trascende il profilo della prestazione dell'assenso a singoli atti di indirizzo, indicando piuttosto la necessità di adottare, nello svolgimento del rapporto coniugale, il metodo della ricerca del consenso.

6. Resta ancora da definire, però, la natura e l'ambito del potere di attuazione dell'accordo, soprattutto con riferimento agli atti di natura patrimoniale.

Sull'argomento non vi è piena uniformità di vedute. È discusso, in particolare, se il potere di attuazione dell'indirizzo concordato abbia una esclusiva valenza *inter partes* o rilevi anche *erga omnes*, implicando l'imputabilità degli atti compiuti separatamente da ciascun coniuge nei confronti dei terzi anche all'altro coniuge e dunque la responsabilità di entrambi per le obbligazioni assunte in esecuzione dell'accordo sulla conduzione del *ménage*.

Non può, al riguardo, non convenirsi che la responsabilità solidale dei coniugi sia regola più rispondente ai principi costituzionali che reggono l'attuale sistema familiare e di cui la normativa codicistica riformata rappresenta attuazione. In particolare, tale regola è di importanza decisiva per garantire l'operatività dell'accordo in tema di contribuzione e dunque l'effettività del relativo dovere. Infatti, l'art. 143 c.c., nello stabilire il criterio proporzionale di contribuzione ai bisogni della famiglia, non precisa come si debba valutare l'ammontare totale del fabbisogno, al di là di quelle che sono le esigenze imprescindibili del nucleo familiare. È dunque evidente che è demandata all'accordo tra i coniugi l'individuazione dei singoli e concreti bisogni della famiglia da soddisfare. Tuttavia, qualora i coniugi si trovassero in condizioni di disparità economica e quello più abbiente non si attivasse per attuare l'indirizzo concordato, negare all'altro un potere di iniziativa patrimoniale con effetti impegnativi anche per il patrimonio dell'altro significherebbe vanificare, insieme all'accordo, i principi di solidarietà familiare e di eguaglianza sostanziale che caratterizzano il rapporto coniugale.

Dunque, la scissione tra un profilo interno, nel quale opererebbe il principio dell'accordo, ed un profilo esterno, retto dalle regole generali vigenti per l'esercizio dell'autonomia individuale del soggetto agente, sembra da escludere. La sfera di operatività dei suddetti principi non può limitarsi al c.d. aspetto interno dell'obbligazione: il profilo funzionale interferisce su quello strutturale del rapporto obbligatorio, di modo che la strumentalizzazione di quest'ultimo al soddisfacimento dell'interesse familiare incide sulla correlativa disciplina, estendendo la responsabilità contrattuale anche al coniuge che non ha agito. Ovviamente, ciò d'altro canto comporta che in linea di massima il potere attuativo esterno trovi nell'indirizzo concordato anche il suo limite sostanziale, nel senso che, costituendone mera attuazione, ad esso deve adeguarsi.



Discorso parzialmente diverso potrebbe valere in regime di comunione legale tra i coniugi, laddove il combinato disposto degli artt. 186, lett. c), e 189 c.c. è idoneo a legittimare anche comportamenti che non rientrano nello svolgimento dell'indirizzo concordato o addirittura vi contrastano, qualora venga positivamente valutata la corrispondenza del singolo atto posto in essere – sia esso di ordinaria o straordinaria amministrazione – all'interesse della famiglia. Tuttavia, anche nell'ambito di tale regime l'importanza dell'accordo si rivela sotto il profilo della responsabilità patrimoniale personale del coniuge che non ha agito: l'esclusione dalla caduta immediata in comunione dei redditi dei coniugi – i quali rappresentano in genere la fonte primaria cui attingere per la contribuzione ai bisogni della famiglia – comporta infatti che solo la determinazione consensuale del tenore di vita familiare garantisce, nel corso del regime, a ciascun coniuge di influire sull'utilizzazione del reddito dell'altro.

A maggior ragione, in regime di separazione dei beni l'accordo tra i coniugi si presenta come presupposto indispensabile della imputazione solidale della responsabilità ad entrambi per le obbligazioni contratte da uno di essi in attuazione dell'indirizzo concordato. Deve ritenersi, di conseguenza, che il coniuge che non ha partecipato all'atto possa opporre al creditore la mancata corrispondenza di esso al contenuto di un pregresso accordo purché quest'ultimo fosse dal terzo conosciuto o almeno conoscibile usando l'ordinaria diligenza.

Si può concludere, allora, che l'effetto essenziale dell'accordo di cui all'art. 144 c.c. è un effetto di natura negoziale costitutivo di potere, con funzione di regolamentazione della vita familiare. In altri termini, l'impegnatività dell'intesa non va ricercata nella nascita, in capo ai coniugi, di obblighi determinati, ma piuttosto nella costituzione del potere reciproco di agire con effetti vincolanti anche per il coniuge che non abbia partecipato all'atto. A ciò si accompagna sicuramente un profilo di "doverosità" del rispetto dell'accordo, soprattutto laddove l'intesa concerna le modalità di svolgimento dei diritti e doveri coniugali e dunque ne costituisca strumento concreto di attuazione. Tuttavia, l'incoercibilità di tale dovere non esclude la vincolatività dell'accordo più di quanto l'incoercibilità dei doveri di natura personale nascenti *ex lege* dal matrimonio escluda la giuridicità degli stessi. Etero ed autonomia concorrono, in altre parole, con pari rilevanza giuridica a definire lo svolgimento del rapporto coniugale, e lo strumento negoziale, una volta adattato alle peculiarità delle relazioni familiari, rappresenta il principale modo di esplicazione del potere di autoregolamentazione.

Dovrebbero infine esulare dalla regola dell'accordo le modalità di svolgimento dei diritti personalissimi di ciascun coniuge, poiché essi sono protetti all'interno della famiglia parimente che nelle altre formazioni sociali e dunque possono essere liberamente esercitati, in via di principio, senza necessità dell'altrui consenso. Sicuramente alcuni di tali diritti, come ad esempio quello di libertà sessuale o quello di libera circolazione, interferendo con le posizioni giuridicamente tutelate nascenti dal vincolo coniugale, subiscono delle limitazioni nell'esercizio, ma più che limiti in senso tecnico rilevano qui i rispettivi doveri stabiliti dalla legge e la loro concreta determinazione ad opera dei coniugi. Di là da tale aspetto, deve riconoscersi che i diritti della personalità non direttamente coinvolti dalla vicenda coniugale non sono sottoposti alla regola dell'accordo. Né diversa conclusione potrebbe essere ricavata dal principio di unità della famiglia poiché, come è stato notato, nelle ipotesi in questione non si pone un problema di conflitto fra interessi individuali ed interessi del gruppo da risolvere a favore dei secondi, ma un problema di reciproca coesistenza e rispetto. Se



l'abbandono della concezione pubblicistica della famiglia e del suo diritto esalta il profilo dell'autonomia – legato a quello della responsabilità – ciò appare tanto più vero nella famiglia coniugale non fondata sul matrimonio. Dal che consegue la liceità – della causa – delle convenzioni e dei negozi espressamente pattuiti dai conviventi al fine di regolare i rapporti personali e patrimoniali che tra essi intercorrono. Ma liceità non vuole ancora dire meritevolezza di tutela – e qui il richiamo è per intero all'art. 1322 c.c. E il giudizio di meritevolezza, sia che esista un'espressa pattuizione sia che questa si evinca dal comportamento reciproco dei conviventi, non può che formularsi alla stregua dei principi fondamentali di ordine pubblico costituzionale che ispirano il diritto comune familiare. Sono le fattispecie denominate “accordi di convivenza”, con le quali i *partners* dettano le norme di indirizzo della vita familiare in atto, a suscitare l'attenzione del giurista e a sollevare le maggiori questioni in tema di validità ed efficacia.

Laddove, come nel nostro ordinamento, manchi una normativa specifica, il problema dei limiti dell'autonomia privata dei conviventi *more uxorio* si ripropone in tutta la sua gravità, e la sua soluzione rimane affidata all'interprete.

7. Alcune considerazioni, infine, meritano alcuni aspetti della filiazione nonché delle relazioni paterno-filiali.

In passato, nelle ricostruzioni classiche del diritto di famiglia, sessualità e riproduzione si presentavano come un binomio inscindibile, una realtà unica funzionale al momento procreativo. L'ultimo ventennio ha prospettato all'interprete nuove rappresentazioni prima impensabili. Il diffondersi delle tecnologie contraccettive e la legislazione sull'interruzione di gravidanza avevano rotto i legami del binomio “sessualità e riproduzione”.

Attualmente, dopo l'impatto, nei primi anni '80, della cosiddetta “rivoluzione biotecnologica”, l'uomo comune è posto traumaticamente dinanzi all'idea della riproduzione senza sessualità, della riproduzione senza la necessità dell'incontro di due esseri.

Il fenomeno della filiazione, prima legato ad una realtà esclusivamente naturalistica ed appartenente alla sfera più intima della relazione tra uomo e donna, si colora di sfumature inedite, legate in parte alla realtà contrattualistica ed alle sfere della autonomia privata: deve, di conseguenza, fronteggiare interessi di soggetti che solo tramite forzature possono dirsi assolutamente esterni alla vicenda. Il consenso, in senso giuridico, delle parti, coinvolte nel complesso atteggiarsi del fenomeno della “riproduzione artificiale”, acquista di conseguenza un ruolo centrale e, da più parti, si è giunti a configurare un diritto soggettivo alla procreazione artificiale attribuito al singolo.

L'orientamento, fondato sull'idea della evoluzione della procreazione umana da libertà negativa a pretesa positiva, seppure sostenuto da illustri voci dottrinali, alla luce delle attuali normative vigenti in Europa e delle tendenze giurisprudenziali, non sembra poter essere condiviso.

Non è lecito affermare, infatti, che l'individuazione dei soggetti legittimati a ricorrere alle tecniche di fecondazione artificiale si fondi esclusivamente sulla libertà di scelta e di autodeterminazione del singolo individuo, senza porre alcun limite concreto e dunque ammettendo al ricorso ad esse anche un soggetto solitario. In realtà, le moderne legislazioni europee in materia, e peculiarmente quella italiana, tendono quasi tutte a limitare l'accesso



alle tecniche artificiali di procreazione, in particolare alle coppie coniugate oppure conviventi, entro precisi confini di età.

8. Se si rivolge l'attenzione alle modificazioni che hanno subito durante i secoli gli istituti rivolti alla protezione del minore mostra che la sua storia è, probabilmente, la storia del tentativo di affrancarsi dall'originaria compenetrazione e poi dalla soggezione ad un'altra persona (genitore, tutore e così via), per acquistare in primo luogo dignità di persona autonoma e giungere poi, almeno tendenzialmente all'autodeterminazione. Il concetto di protezione del minore è stato costantemente inteso in termini prevalentemente patrimoniali. Esperienze non lontane nel tempo mostrano cura ed attenzione preminenti della dottrina e della legislazione per una nozione di tutela o protezione che attiene quasi esclusivamente agli interessi economici: come se la migliore garanzia per il minore fosse nel tenerlo indenne da pregiudizi di carattere patrimoniale.

Sotto la spinta di vivace e attenta dottrina l'attenzione si è rivolta a determinare la condizione giuridica del minore nella sua globalità. Per ogni persona, a maggior ragione se "minore", le manifestazioni dell'essere e dell'agire devono confluire a comporre l'unitaria figura dell'uomo che si esprime giuridicamente nel valore della personalità.

Il criterio cardine per l'interprete si mostra l'assunto secondo cui avere minore età non significa avere minor valore rispetto agli adulti.

Fulcro della disciplina dei rapporti che si organizzano intorno al minore d'età è la nozione dell'interesse del medesimo. Il legislatore la richiama in molteplici norme senza, però, fornire indicazioni sui criteri per la determinazione del contenuto. È, infatti, estremamente arduo tentare di precisare in che consista l'interesse del minore. È possibile, tuttavia, affermare che la via da percorrere non conduce ad una definizione astratta, valida per tutti i tempi, per tutti i luoghi, per ogni occasione. Come insegna autorevole dottrina, da un punto di vista negativo, interesse del figlio non significa capriccio o arbitrio dello stesso. Per altro verso, l'interesse del minore, a differenza di quello dell'adulto, è tutto proiettato verso il futuro, concorrendo così a caratterizzarne la formazione ed a comporre le linee di un armonico sviluppo della persona. Un recente orientamento – espresso con vigore – sollecita l'abbandono della nozione di interesse per adottare quella di diritti del minore. Infatti, secondo questa visione, l'interesse sarebbe un concetto meno forte, in quanto esclude – a differenza dei diritti soggettivi – l'azionabilità, ovvero, in altra prospettiva, la sua giudizialità.

Quanto ai soggetti cui spetta la valutazione dell'interesse del minore, in prima linea si pongono i genitori che vi procedono nel continuo svolgersi, per dir così, fisiologico della vita di relazione; nel momento patologico, del contrasto, del conflitto, il compito passa al giudice: nell'una ipotesi e nell'altra, tuttavia, dal punto di vista del figlio, si tratta pur sempre di una decisione demandata a persone "estranee". In realtà, fino a quando non si ammette che il minore, in base ai principi costituzionali, è "persona" al pari degli altri, non vi possono essere vero rispetto e tutela della sua dignità né promozione del suo sviluppo. Riconoscergli la piena qualità di soggetto di diritto, significa altresì consentirgli, in piena autonomia, le scelte che concernono la sua persona, beninteso quando si producano le condizioni per una consapevole decisione, vale a dire quando egli raggiunga la capacità di discernimen-



to. La preminenza dell'autodeterminazione è sottoposta tuttavia al giudizio di piena responsabilità della scelta all'interesse oggettivamente valutato del minore stesso.

Quanto alla capacità di discernimento, non è nozione che risponda alla inutile ricerca di nuove categorie giuridiche nelle quali costringere la realtà. Più semplicemente l'espressione è riassuntiva della regola scaturente dall'interpretazione sistematica nonché conforme a costituzione secondo cui, di volta in volta, in presenza del singolo tipo di manifestazione o di attività o dell'ambiente in cui si trova ad agire il figlio nonché delle condizioni soggettive dello stesso, occorrerà stabilire se il minore abbia oppure no la capacità o, se si preferisce, il discernimento per assumere una decisione con la medesima consapevolezza di una persona adulta.

Se si considera, poi, che nel nostro ordinamento ispirato alla gerarchia dei valori costituzionali, la relazione tra situazioni esistenziali e situazioni a contenuto patrimoniale si trasforma in nesso di subordinazione, di strumentalità delle seconde alle prime, nell'ambito che qui interessa assume particolare rilievo la norma dell'art. 147 c.c., che ancora l'espletamento della potestà educativa dei genitori alla capacità, all'inclinazione naturale, alle ispirazioni dei figli. Il che si traduce nel dovere di apprestare, in misura idonea e coerente alle possibilità economiche della famiglia, i mezzi patrimoniali che consentano un proficuo dispiegarsi di quelle manifestazioni nell'armonico sviluppo della personalità. Si comprende, pertanto, come il sistema normativo, anche nell'interpretazione che ne offre la giurisprudenza, tenda ad una divaricazione circa l'età necessaria e sufficiente nelle diverse situazioni; si assiste così ad un allungamento della minore età in campo patrimoniale e ad una anticipazione per le situazioni personali.

9. Finalmente, con la l. 10 dicembre 2012, n. 219, si è realizzato il completamento del disegno costituzionale che in nome della dignità della persona e dell'eguaglianza senza aggettivi conduce inesorabilmente alla previsione di un unico *status filiationis*, rispetto al quale ogni figlio è figlio senza ulteriori qualifiche che comportino la sopravvivenza di residuali, ma non per questo meno odiose, discriminazioni derivanti dalla nascita al di fuori o all'interno del matrimonio. Percorso già compiuto dalla quasi totalità degli ordinamenti europei che ci circondano, con la conseguenza di esaltare non tanto il *favor veritatis* come fondamento della filiazione, bensì l'effettivo rapporto costituito negli aspetti affettivi, educativi e patrimoniali tra figlio e genitore. Infatti, nel panorama attuale che vede accentuarsi il modello della famiglia incerta - non più stabile - e per conseguenza della "famiglia ricostituita", il perno attorno al quale si svolge il rapporto genitori - figli e cui si ancora la perennità della "genitorialità" è per l'appunto l'effettività del rapporto e dunque la sua conservazione in termini di "cogenitorialità".

Sotto questo profilo il legislatore è adempiente, emanando la nuova normativa sul c.d. affidamento condiviso, di cui alla l. 8 febbraio 2006, n. 54, che, nel riformulare l'art. 155 c. c., si propone per l'appunto di conservare entrambe le figure dei genitori al figlio, nonostante la crisi della famiglia e la disunione intervenuta tra i medesimi, sottraendo la potestà esercitata sul figlio minore alle influenze della separazione o del divorzio. Si abbandona così la tradizionale regola della distinzione tra titolarità ed esercizio della potestà, accentuando il profilo della responsabilità genitoriale, ma anche quello dell'autonomia negoziale familiare,



mediante la quale i genitori dovrebbero continuare a “governare” le relazioni con i figli. Si affaccia, ma non è ancora materia che entri nella piena consapevolezza del giurista, la interferenza con una nuova questione che probabilmente affaticherà gli interpreti nel prossimo futuro: quella del terzo genitore, che si affianca ai genitori di sangue nella famiglia ricostituita, nel dividerne le responsabilità.

Alcune indicazioni bibliografiche:

Il problema di carattere metodologico che scaturisce dall'esigenza di calare l'analisi positiva delle situazioni di carattere personale legate al diritto di famiglia nell'unitarietà del sistema e nel contesto dei principi e dei valori scaturenti dalle norme costituzionali, viene sviluppato da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 37 ss.

Per gli istituti familiari i riferimenti normativi fondamentali si rinvencono negli artt. 2 e 29 Cost. Ne deriva che la visione unitaria dell'ordinamento giuridico ruota intorno all'esigenza di rispetto, realizzazione e tutela della persona umana. Se si segue tale modalità ermeneutica appare naturale aderire a quella tendenza – affermata nella dottrina civilistica – (ci si riferisce a P. PERLINGIERI, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 414) secondo cui occorre cooperare per l'affermazione di un «diritto civile costituzionale», dalle cui premesse si evince la necessità di superare la rigida ed obsoleta demarcazione tra diritto privato e diritto pubblico. In argomento, cfr. T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, *passim* e p. 71; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 399 ss.; R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 907; S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, *ivi*, 1964, p. 696; P. RESCIGNO, *Per una rilettura del Codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, spec. c. 224. In generale, sul tema, vedi *Diritto pubblico e privato. Tendenze attuali del metodo giuridico verso la scomposizione e l'interazione della concettualità classica*, in *Atti del seminario organizzato dall'Istituto di diritto privato della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina*, diretto da Ennio Russo, Milano, 1976, *passim*.

Dalla prospettiva metodologica delineata consegue l'inaffidabilità di visioni «pubblicistiche» o «superindividuali» della famiglia; con riguardo alla prima opinabile tendenza vedi A. CICU, *Principi generali del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 3 ss.; ID., *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, spec. p. 91 ss.; ID., *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 3 ss.; ID., *Matrimonium seminarium reipublicae*, in *Arch. giur.*, 1966, p. 16 ss.; ID., *Sull'indissolubilità del matrimonio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, p. 688 ss., e lo scritto postumo ID., *Divorzio e politica*, in *Arch. giur.*, 1966, p. 16 ss. Cfr. A. TRABUCCHI, *Matrimonio e divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 1 ss.; A. BARBERO, *I diritti della famiglia nel matrimonio*, in *Justitia*, 1955, p. 455 ss. Limitatamente alla ulteriore tendenza sopra indicata vedi P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 14 ss., e U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Napoli, 1965, p. 13 ss., il quale discorre di soggettività «giuridicamente limitata, ma socialmente più elevata». Inoltre, sembra da respingere, altresì, l'indirizzo che vede nella famiglia un «ordinamento giuridico autonomo», atteso che – in tal senso – si giungerebbe inevitabilmente all'individuazione di diritti di famiglia o familiari distinti e superiori a quelli dei singoli membri: promuove simile impostazione C. GRASSETTI, *Famiglia (diritto privato)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 49; riguardo al quale vedi le considerazioni critiche di C.M. BIANCA, *Famiglia (diritti di)*, *ivi*, VII, 1961, p. 71.

Non pochi equivoci sono sorti in dottrina in ordine alla lettura degli artt. 2 e 29 Cost., da cui emergerebbe il carattere sinonimico di «formazione sociale» e di «società naturale». In argomento vedi – anche per i molteplici spunti problematici – P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966, *passim*, e ID., *La tutela della personalità nella famiglia, nella scuola, nelle associazioni*, in *Studi in onore di Chiarelli*, IV, Milano, 1974, p. 4001 ss., laddove si sottolinea che l'individuo o meglio la «persona», in quanto legata agli altri individui dal principio di solidarietà, si vede garantita l'inviolabilità dei suoi diritti fondamentali di per se stessa e in funzione degli scopi che persegue la comunità di cui è membro. Pertanto, non v'è spazio per concezioni giusnaturalistiche (contra F. SANTORO PASSARELLI, *Matrimonio e famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 33 ss.; F. REALMONTE, *Rapporti fra genitori e figli*, in *Justitia*, 1974, spec. p. 89. Inoltre, A. BARBERO, *I diritti della famiglia*, cit., p. 453 ss., propone un'elaborazione aderente allo *ius divinum* naturale). Al contrario, nella prospettiva tesa alla «funzionalizzazione» della disciplina familiare assumono rilievo gli interessi dei singoli rispetto a quelli del



gruppo familiare; l'esigenza costante, a cui non può sottrarsi il giudizio del giurista, consiste nel verificare – nella peculiarità della singola esperienza – se si sia eventualmente attentato a quell'«equilibrio delle libertà» che deve accompagnare costantemente l'aggregato familiare: diffusamente, sul tema, da G. AUTORINO STANZIONE, *Divorzio e tutela della persona. L'esperienza francese, italiana e tedesca*, Camerino-Napoli, 1981, p. 25, nota (31). In questo «avvicinamento» della legislazione specifica alla disciplina costituzionale non ha alcun fondamento una visione contrattualistica del matrimonio; atteso che la stessa – essendo caratterizzata da categorie, istanze e valori tipici delle singole situazioni giuridiche patrimoniali – favorirebbe una ricostruzione falsata di un contesto, appunto quello familiare, nel quale – al contrario – è determinante il ruolo dei diritti della personalità. Per l'ipotesi ora riportata vedi L. GRASSI, *La legge sul divorzio. Manuale di diritto sostanziale e processuale*, Napoli, 1970, *passim*, e vedi le critiche mosse da G. AUTORINO STANZIONE, *op. cit.*, p. 17 ss., e da P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, *passim* e spec. p. 238. L'intento, ovviamente, non è quello di proporre visioni esasperatamente individualistiche – unicamente attente ai singoli componenti la famiglia – ma, piuttosto, attuative di una corretta nozione di formazione sociale; per cui appare inevitabile ed utile il momento relazionale, quale garanzia di completamento e di promozione delle singole personalità coinvolte in un continuum di tradizioni e di cultura. Cfr. – seppure con particolare riferimento al rapporto di coniugio – P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, *passim*, e ID., *Riflessioni sull'«unità della famiglia»*, in *Dir. e giur.*, 1970, p. 7 ss.



LA CAUSA DEL CONTRATTO TRA «REGOLE» E «PRINCÍPI»

ANDREA FEDERICO

SOMMARIO: 1. L'attualità dell'indagine sulla causa del contratto. – 2. La riforma del code civil e l'apparente eliminazione della causa dal novero degli elementi essenziali. – 3. La causa e la disciplina della circolazione dei diritti. – 4. L'incidenza delle trasformazioni del sistema ordinamentale sulle narrazioni della causa del contratto. – 5. L'utilizzazione della causa concreta. – 6. La diffusione delle nuove tecnologie e la difficile emersione degli interessi dei contraenti. – 7. La causa concreta quale strumento di applicazione dei principi generali.

1. Agli inizi del terzo millennio si sono diffuse le attestazioni della morte della causa del contratto¹ anche sul rilievo che le fonti c.dd. di *soft law*, quali i *Principles of European Contract Law*², gli *Unidroit Principles of International Commercial Contract*³, il *Code Européen des Contrats*⁴, il *Draft of common frame of reference*⁵ ne prospettavano il futuro superamento nel contesto europeo⁶.

¹ Sulla questione, v., in particolare, U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in S. MAZZAMUTO, *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 241 ss.; C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, I, Milano, 2001, p. XIII ss.; R. DI RAIMO, *La causa: da epicentro dell'autonomia privata a caro estinto e ritorno*, in *Giustiziacivile.com*, 2014; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 95 ss.; G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 100 ss. Ma v. F.D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 5 s.

² In argomento v. G. ALPA, *I principles of european contract law predisposti dalla commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 483 ss., e, con specifico riferimento all'asserita assenza della causa nel sistema dei PDEC, v. G.B. FERRI, *L'accordo sufficiente e la causa del contratto*, in C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 453 ss.

³ Sui principi *Unidroit* v., tra gli altri, G. ALPA, *Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contr. impr./Eur.*, 1996, p. 316 ss.; G.B. FERRI, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei principi dell'Unidroit*, *ivi*, p. 825 ss.; M.J. BONELL, *I principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 231 ss.; ID., *I principi Unidroit 2004: una nuova edizione dei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 2004, p. 535 ss.; ID., *The Unidroit Principles 2010: an International Restatement of Contract Law*, *ivi*, 2011, p. 881 ss.; G. DE NOVA, *Unidroit principles of international commercial contracts*, in *Contratti*, 1994, p. 501.

⁴ Secondo C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 251, il rifiuto opposto dalla Commissione Gandolfi deve essere spiegato – come esposto dallo stesso G. GANDOLFI, *Code européen des contrats, Avant-projet*, I, 1, Milano, 2002, p. 129 – in ragione dell'incertezza gravante sulla causa. In argomento v. anche; G.B. FERRI, *Validità e patologie nel code européen des contrats*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 925 ss.; M. BARCELLONA, *Un'altra complessità: l'orizzonte europeo e i problemi della causa negoziale*, *ivi*, 2016, p. 939 ss.; L. GATT, *Sistema normativo e soluzioni innovative del Code Européen des Contrats*, *ivi*, 2002, p. 359 ss.; O. TROMBETTI, *I tentativi di uniformazione del diritto contrattuale a livello europeo. Prime riflessioni per un confronto tra il Draft of Common Frame of Reference ed il progetto preliminare del Code européen des contrats*, in *Contr. impr./Eur.*, 2011, p. 168 ss.

⁵ S. STANCA, *Note in tema di causa nel Draft Common Frame of Reference e nella Proposta sulla Cesl*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 719 ss.

⁶ Sul tema, v., per tutti, E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 979 ss.; G.B. FERRI, *L'"invisibile" presenza della causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 897 ss. (e ora in ID., *Il*



La recente modifica del *code civil* sembra confermare la necessità del congedo dalla causa. L'eliminazione dal novero degli elementi essenziali del contratto (art. 1128 *c.c. fr.*)⁷ e la conseguente rimozione di ogni riferimento testuale hanno sollecitato la presa d'atto del superamento della causa e la conseguente esclusiva ammissibilità di un'indagine storica.

La considerazione della causa quale retaggio della tradizione giuridica non discende soltanto dalla risalente ambiguità delle definizioni soggettive, oggettive e sincretiche⁸ ovvero dalla difformità di idee circa tale elemento⁹, ma anche e soprattutto dall'aspirazione, nel tempo della globalizzazione¹⁰, alla rimozione di un ostacolo alla concorrenza degli ordinamenti¹¹ al fine di consentire al diritto nazionale di competere mediante l'utilizzazione di un vocabolario comunicativo che – certamente più leggibile per un giurista di *common law* – sia in grado di semplificare il dialogo e agevolare la progressiva condivisione di un apparato concettuale¹².

A differenza del *code civil*, il sistema ordinamentale italiano non ha espunto la causa dal tessuto normativo dei contratti e tale esito non sembra essere determinato soltanto dalle resistenze concettuali dei giuristi. Di là dal grande impatto nell'elaborazione dottrinale, i temi della causa, della liceità e della meritevolezza hanno avuto una relativa incidenza fino a quando la giurisprudenza è stata ancorata alla causa intesa quale funzione economico-sociale. La tradizionale ricostruzione, infatti, non ha creato particolari problemi e, di là dalla riflessioni degli studiosi, non ha inciso negativamente sulla competitività del nostro ordinamento.

Da circa dieci anni, a dibattito dottrinale pressoché invariato, la giurisprudenza ha iniziato a utilizzare la c.d. causa concreta¹³; il legislatore ora ha rievocato la meritevolezza

potere e la parola e altri scritti di diritto civile, Padova, 2008, p. 449 ss.); E. DEL PRATO, *Requisiti del contratto*, sub art. 1325 *c.c.*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2013, p. 35 ss.

⁷ L'artt. 1128 *c.c. fr.* non indica la causa tra gli elementi essenziali del contratto, bensì il contenuto lecito e certo. Del pari l'art. 1162 *c.c. fr.* non evoca la *cause*, ma discorre di *but*, di scopo che, ancorché non esplicito, non deve essere contrario all'ordine pubblico.

⁸ Sulla risalente ambiguità delle elaborazioni dottrinali della causa v., in particolare, M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Torino, 2015, p. 1 ss. V. anche; S. PAGLIANTINI, *Itinerari della causa: il Gorla nordamericano ed una critica recente*, introduzione a G. GORLA, *I problemi fondamentali del contratto*, trad. it., Napoli, 2017, p. 11 ss.

⁹ G.B. FERRI, *L'"invisibile" presenza della causa del contratto*, cit., p. 899.

¹⁰ G.B. FERRI, *Une cause qui ne dit pas son nom. Il problema della causa del contratto e la riforma del III libro del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, p. 7 ss.

¹¹ G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 56, ravvisa nella causa, da un lato, una sorta di simbolo, una costruzione mitica, ove collocata nell'esperienza storica; dall'altro, un grosso ostacolo alla circolazione dei modelli giuridici.

¹² Gli obiettivi della riforma – *simplicité, efficacité et protection* – sono orientati alla finalità di rendere il diritto francese dei contratti e delle obbligazioni *prévisible, protectives mais efficaces, rigoureux mais pragmatiques*, si da consolidare e rafforzare l'*attractivité* del sistema giuridico francese.

¹³ V., in particolare, G. ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, p. 1 ss.; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., p. 256 ss.; F.D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 885 ss.; E. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, Torino, 2014, p. 35 ss.; L. NAZZICONE, *La Cassazione e la causa del negozio*, in *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione. Raccolta di Studi in memoria di Antonio Brancaccio*, Milano, 2013, p. 33 ss.; 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. 957 ss.; A. FEDERICO, *L'uso giurisprudenziale della causa concreta*, in *AA.VV., La giurisprudenza del foro napoletano e gli orientamenti nazionali ed europei in tema di obbligazione e contratti*, Napoli, 2015, p. 25 ss.; R. SENIGAGLIA,



(2645 *ter c.c.*), rivitalizzando la discussione sui rapporti con la liceità; ora ha imposto una valutazione del concreto interesse perseguito dai contraenti (relativizzante gli effetti giuridici del contratto), come nel caso dell'applicazione delle discipline di derivazione europea e, in particolare, delle regole rivolte alla tutela della concorrenza (artt. 2 e 3, l. 10 ottobre 1990, n. 287) e dei consumatori (art. 33 c. cons.), nonché in materia di subfornitura (l. 18 giugno 1998, n. 192) o di ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali (d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231).

Né può tacersi dei dubbi sull'effettiva tenuta del tipo contrattuale dinanzi al proliferare di regole e principi¹⁴ e alla «emersione di discipline metatipiche – delle quali la normativa in tema di tutela del subfornitore, e la clausola generale del divieto di abuso di dipendenza economica ivi prevista costituiscono l'esempio più significativo»¹⁵ mediante la tecnica, nota al diritto europeo dei rimedi, incentrata sull'aggiramento della fattispecie o sulla 'perdita della fattispecie' mediante l'allontanamento dalla descrizione di quel fatto o da quei fatti cui la norma giuridica ricollega determinati effetti giuridici, fermo restando che il carattere transtipico¹⁶ non costituisce un *prius*, fondato sulla collocazione ovvero sulla formulazione letterale della disposizione, ma è il risultato dell'interpretazione¹⁷, sì che tutte le norme sono suscettibili di essere considerate transtipiche¹⁸ e, dunque, è possibile trarre da ogni disposizione «principi transtipici» da applicare oltre il tipo contrattuale, anche ai contratti atipici¹⁹.

Dinanzi al diffondersi del riconoscimento del valore normativo dei principi generali²⁰ – e non soltanto costituzionali ma anche derivanti dall'Unione europea²¹ – numerose deci-

Per un'«ermeneutica del concetto di causa»: solidarietà «orizzontale» e contratto, in Juscivile, 2016, p. 507 ss.; S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della causa in concreto e la c.d. interpretazione abusiva del contratto: notarelle critiche su regole e principi (del diritto dei contratti)*, in *Contratti*, 2016, p. 604 ss.; L. BALESTRA, *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle Sezioni Unite alla causa in concreto*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 383 ss.; F. PIRAINO, *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa del contratto*, in B. MONTANARI, *Il diritto dopo il '900*, Milano, 2015, p. 53 ss.

¹⁴ G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, cit., p. 491 ss.

¹⁵ G. GITTI, *op. ult. cit.*, p. 496.

¹⁶ O. CAGNASSO, *La concessione di vendita*, Milano, 1983, p. 58, utilizza il sintagma regole transtipiche per indicare la *vis* espansiva delle regole oltre i limiti segnati dal tipo.

¹⁷ P. GALLO, *La formazione*, in *Trattato del contratto*, 1, Torino, 2010, p. 127.

¹⁸ P. GALLO, *op. ult. cit.*, p. 113.

¹⁹ In questa prospettiva sia consentito rinviare a A. FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 165 ss.

²⁰ Sulla valenza normativa dei principi generali, v., in particolare, P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss., ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 122 ss.; ID., *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 787 ss., ora in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 348 ss.; ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, spec. p. 326 ss.; ID., *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, in *Annali SISDiC*, 2017, 1, p. 1 ss. Cfr., altresì, P. FEMIA, *Valori normativi e individuazione della disciplina applicabile*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 521 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori: principi o regole?*, in *Quad. fior. st. pens. giur. mod.*, 2002, p. 856 ss.; ID., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 2008. Sia consentito rinviare anche a A. FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, in corso di pubblicazione.

²¹ Sulla questione v., in particolare, A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea. (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in F. MEZZANOTTE, *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea*



sioni giurisprudenziali hanno ricondotto nell'alveo della meritevolezza l'inefficacia del contratto derivante dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti civili²², con la sostanziale elusione sia dell'espresso riconoscimento della nullità derivante dalla violazione dei principi (in particolare quelli costituzionali) sia della rilevanza di ufficio, il tutto mediante la creazione *ex novo* di una nuova (forse la sesta) versione della meritevolezza²³.

e il diritto privato, Roma, 2016, p. 9 ss.; E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, *ivi*, p. 41 ss.

²² Così Cass., 2 marzo 2018, n. 4912, in *www.pluris.it*. V. altresì Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, in *Contratti*, 2017, p. 383 ss.; Cass., Sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4222, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2007 ss.; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, in *Società*, 2016, p. 725 ss.; Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, II, p. 137 ss., con nota di A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*; Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1295 ss., con nota di S. TONETTI, *Intesa anticoncorrenziale e giudizio di meritevolezza*; Cass., 19 luglio 2012, n. 12454, in *Contratti*, 2012, p. 993 ss., con nota di G. CARADONNA, *Rilevanza del collegamento contrattuale nel mutuo di scopo e nelle operazioni di credito al consumo*; Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 992 ss., con note di: R. CASO, *Fondamento costituzionale del dovere di ospitalità e conformazione dell'autonomia privata*, *ivi*, p. 997 ss. e I. PRISCO, *Divieto di ospitalità e nullità per violazione del principio di solidarietà*, in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, Napoli, 2012, p. 369 ss.; Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2481; Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, in *Foro it.* on line. Ma v. anche Cass., Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Notariato*, 2006, p. 13 ss., con nota di M. TATARANO, *C'era una volta l'intangibilità del contratto*; Cass., 29 febbraio 2016, n. 3949, in *Contratti*, 2016, p. 897 ss., con nota di L. BUONANNO, *Immeritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti mediante un contratto atipico di finanziamento: nullità o inefficacia?*; Trib. Brindisi, 17 maggio 2005, in *dejure on line*; Trib. Brindisi, 8 luglio 2008, in *Dir. prat. soc.*, 2008, f. 20, p. 62; Trib. Brindisi, Sez. fall., 4 giugno 2009, in *dejure on line*; Trib. Salerno, 12 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2008, p. 134 ss.; App. Salerno, 30 settembre 2009, n. 836, con nota di I. PRISCO, *Squilibrio del regolamento e immeritevolezza del contratto*, in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, cit., p. 345 ss.; App. Napoli, 10 marzo 2013, n. 1053, in *Foro nap.*, 2015, p. 513 ss., con nota di S. POLIDORI, *Investimento ad alto rischio e tutela del cliente*; Trib. Salerno, 2 maggio 2013, n. 1126, in *Corti salernitane*, 2015, p. 476 ss., con nota di A. MALOMO, *Interest rate swap: sproporzione e immeritevolezza nel caso concreto*; Trib. Cagliari, 8 gennaio 2014, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, p. 368 ss.. Di recente Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, cit., p. 725 ss., con nota critica verso il controllo di meritevolezza così operato di M. COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*, *ivi*, p. 730 ss.; Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, in *Foro nap.*, 2017, p. 189 ss., con nota di V. GIUSTI, *Il contratto di investimento for you e la nullità per immeritevolezza degli interessi*; Cass., 28 maggio 2018, n. 13291, in *dejure on line*. Con riferimento alla riflessione dottrinale v., tra gli altri, R. DI RAIMO, *Interest rate swap, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole e che tanto basta?* (nota a App. Milano, 18 settembre 2013), in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 308 ss.; M. SEMERARO, *La giurisprudenza sugli interest rate swap: speculazione, copertura, mancanza di causa?* (nota a Trib. Monza, 17 luglio 2012), in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 323 ss.; S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid nocetis?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 383 ss.; M. LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, in *Ric. giur.*, 2016, p. 195 ss.; P. PERLINGIERI, *«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 207 ss. e spec. p. 215 s.; M.C. PERCHINUNNO, *Il controllo di meritevolezza nelle clausole claims made*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 746 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *Alea unilaterale e sindacato di meritevolezza negli interest rates swap*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 899 ss.; A. TUCCI, *Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole*, *ivi*, p. 921 ss.; S. POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale. Spunti ricostruttivi, profili applicativi*, in *Annali SISDiC*, 2017, 1, p. 173 ss. e spec. p. 179 s.

²³ Sia consentito rinviare a A. FEDERICO, *La trascrizione degli atti destinazione*, in R. CALVO e A. CIATTI, *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Tratt. contr.* Rescigno e Gabrielli, 19, Torino, 2014, p. 563 ss.; ID., *L'elaborazione giurisprudenziale del controllo di meritevolezza degli interessi dedotti nei contratti c.dd. sportivi*, in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Napoli, 2009, p. 369 ss.



Le riferite tendenze legislative e giurisprudenziali hanno sollecitato una valutazione negativa dell'attuale uso giurisprudenziale della causa concreta, quale arbitrario strumento di equità, seguita dalla diffusa affermazione della necessità dell'assorbimento della causa nell'oggetto del contratto, quasi che l'oggetto del contratto abbia mostrato, nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, un unico volto anziché costituire anch'esso una nozione assai dubbia o addirittura, come pure è stato osservato, un concetto più filosofico che giuridico²⁴.

2. Oggi occorre verificare se la causa del contratto sia stata privata della giustificazione storico-culturale e di qualsivoglia funzione e, conseguentemente, costituisca un attuale e evidente ostacolo normativo, nonché dottrinale e giurisprudenziale, al legittimo ed equilibrato controllo dei regolamenti contrattuali. L'alternativa è evidente. Si devono dichiarare la scomparsa della causa ridotta ad un vuoto simulacro per la perdita delle funzioni tradizionalmente ad essa ascritte e l'inidoneità all'assunzione di nuovi compiti, ovvero si può affermare che l'«oggetto vago e misterioso»²⁵ ravvisato nella tormentata figura è ancora in grado di formalizzare il dispositivo di conciliazione e di sintesi dell'autonomia negoziale con il sistema ordinamentale.

L'ineludibile attuale necessità di oltrepassare i confini nazionali impedisce di considerare sufficiente l'approvazione ovvero la riprovazione dell'utilizzazione della causa. La questione non riguarda il *nomen* di un *quid* richiesto per la costruzione dell'edificio contrattuale, bensì l'effettivo ruolo ad esso ascritto o ascrivibile.

La definizione della causa non è suscettibile di essere separata dalle funzioni attribuite ad essa dal sistema ordinamentale. Né le funzioni possono essere comprese a prescindere dalla corretta individuazione dei tipi di problemi coinvolti che – ancorché con una certa semplificazione – possono essere identificati nella connessione del contratto con la circolazione dei beni, nella protezione che deve essere offerta ai contraenti rispetto agli scopi perseguiti con il contratto e nella conformità del regolamento contrattuale ai principi che fondano l'ordinamento.

Il dibattito successivo alla riforma del *code civil*²⁶ è eloquente. L'art. 1128 *c.c. fr.* non menziona la causa fra gli elementi essenziali ai fini della validità del contratto e, come di re-

²⁴ Sull'oggetto del contratto v., in particolare, G. GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 11 ss.; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995.

²⁵ F. FERRARA JR., *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 127.

²⁶ Sulla riforma v., in particolare, D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 432 ss.; ID., *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte*, *ivi*, 2014, p. 800 ss.; G. ALPA, *Sulla riforma del diritto dei contratti in Francia: una lettura sinottica del Projet e della Ordonnance*, in *Giustiziacivile.com*, 2016; L. KLEISTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1543 ss.; G.B. FERRI, *Une cause qui ne dit pas son nome*, *cit.*, p. 1 ss.; G. TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 695 ss.; L. USUNIER, *L'attractivité internationale du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d'une chimère*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2017, p. 343 ss.; J.S. BORGHETTI, *Le nouveau droit française des contrats, entre continuité et europeanisation*, in *Annuario del contratto 2016* diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2017, p. 3 ss.; J. CARTWRIGHT e S. WHITTAKER, *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms*, Oxford, 2017, p. 395 ss.; C. CREA, *Riflessioni sulla ra-*



cente si è rilevato²⁷, da un lato, «la soluzione accolta è quanto mai ambigua ed anodina: si considera quale elemento essenziale del contratto un contenuto lecito e certo, nozione che potenzialmente non esclude la causa ma che neppure necessariamente la contempla»; dall'altro, l'art. 1162 *c.c. fr.* evoca un «neutrale concetto di *but*, di scopo, che le parti non sono tenute a esplicitare, ma che l'ordinamento cerca di indagare, anche ove non sia conosciuto da tutte le parti, per colpirne l'eventuale contrarietà all'ordine pubblico».

Alcuni hanno affermato che l'*Ordonnance* del 2016 ha segnato il definitivo congedo dalla causa del contratto, nonché la palese inutilità dell'utilizzazione di essa²⁸. Altri, invece, hanno inteso ribadire che «nonostante l'*assenza* dal nuovo testo del libro terzo del *Code Civil*, di ogni esplicito riferimento a questo elemento, pur sempre sostanzialmente essenziale, del contratto, la causa continui a svolgere un ruolo fondamentale nelle concrete strutture degli schemi negoziali e contrattuali attraverso cui i privati regolano i propri interessi»²⁹, sì che la causa, ancorché non se ne espliciti il nome, è presente in modo invisibile ovvero sotto una altra denominazione (contenuto, scopo)³⁰.

La causa – anche se «*ne dit pas son nom*» – configura il luogo normativo destinato alla definizione di una complessa rete di problemi che oltrepassano l'orizzonte del paradigma contrattuale per ricomprendere le tecniche di trasferimento dei diritti e l'ingiustificato arricchimento³¹. Né può tacersi dell'asserita ineliminabilità delle tematiche e dei luoghi tradizionalmente frequentati dalla causa, giacché la circolazione della ricchezza, la protezione dei contraenti e la conformità al sistema sono «intrinseci all'idea stessa di autonomia privata, cui finiscono per essere necessariamente e inscindibilmente saldati»³². Il sistema ordinamentale, infatti, ha la necessità di offrire tutela ai terzi in sede di circolazione dei diritti mediante un sistema che assicuri la certezza della vicenda traslativa attraverso strumenti che prescin-

gionevolezza nel diritto privato francese, in G. PERLINGIERI e A. FACHECHI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, I, p. 229 ss.; L. PONTIROLI, *Morte e trasfigurazione della causa (ed altre catastrofi) nel code civil*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1238 ss.

²⁷ E. NAVARRETTA, *La causa e la réforme du code civil*, in *Pers. merc.*, 2017, 4, p. 206.

²⁸ L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. impr./Eur.*, 2016, p. 311 ss. V. anche G. ALPA, *Sulla riforma del diritto dei contratti in Francia: una lettura sinottica del Projet e della Ordonnance*, cit.; L. KLEISTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1542 ss.; G. TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 695 ss.; L. USUNIER, *L'attractivité internationale du droit français*, cit., p. 343 ss.; J.S. BORGHETTI, *Le nouveau droit française des contrats*, cit., p. 3 ss.

²⁹ Così G.B. FERRI, *Une cause qui ne dit pas son nom*, cit., p. 20. V. anche D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, trad. it. a cura di R. Pescara, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 432 ss. Sull'inutilità del superamento della causa v. anche G. GOUBEAU, *Leçon de cause. À propos de l'ouvrage de Jacques Ghestin. Cause de l'engagement et validité du contrat*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 57. V. anche M. GIORGIANNI, *L'evoluzione della causa del contratto nel codice civile francese*, Napoli, 2018, p. 33 s.

³⁰ G.B. FERRI, *op. ult. cit.*, pp. 9-11 e p. 13 ss., ravvisa nelle previsioni degli artt. 1163 e 1128, nonché dell'art. 1162 *c.c. fr.*, la presenza della causa e, prendendo atto della scomparsa del termine causa, riconosce la permanenza di alcune funzioni – tradizionali o moderne – di essa, fermo restando, *ex artt.* 1188 e 1189 *c.c. fr.*, la rilevanza interpretativa che rende evidenti la contestuale presenza di profili oggettivi e soggettivi.

³¹ Così E. NAVARRETTA, *Europa cum causa*, in AA.VV., *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Napoli, 2010, p. 324.

³² Così G.B. FERRI, *L'accordo sufficiente e la causa del contratto*, cit., p. 463.



dono dalla conoscenza soggettiva, sì che la forza della regola del consenso traslativo è attenuata con riguardo ai terzi.

Nei discorsi dei giuristi, l'eliminazione della causa dal linguaggio del legislatore non può condurre alla contestuale obliterazione delle funzioni ad essa ascritte³³; né è seriamente ipotizzabile che l'espunzione del sintagma 'causa del contratto' trasformi *ex abrupto* la disciplina della circolazione e, in particolare, la tutela dei terzi: le funzioni della causa permangono ancorché ascrivibili a diversi dispositivi.

La rivoluzione del linguaggio del codice, insomma, non è sufficiente. Le categorie negoziali sono intrinseche della causa: dunque il legislatore non può operare alcun sovvertimento in assenza di una radicale modificazione del paradigma contrattuale riflesso nelle strutture del codice civile, dei codici di settore e, più in generale, del sistema ordinamentale.

3. Il codice civile disciplina la causa agli artt. 1343 ss. e sanziona con la nullità (1418, comma 2) la «mancanza» o la «illiceità» di tale requisito del contratto (art. 1325, n. 2). La configurabilità del paradigma contrattuale è così condizionata dalla presenza di una causa lecita e, secondo parte dell'elaborazione dottrinale³⁴, meritevole di tutela³⁵, fondamento giustificativo della rilevanza e della tutela giuridica del contratto, nonché criterio d'interpretazione e di qualificazione del medesimo³⁶. Il sistema ordinamentale ha accolto il c.d. principio della causalità negoziale che, dettato dalla legge in sede contrattuale, opera anche per i negozi unilaterali in forza sia dell'applicazione agli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale, nei limiti della «compatibilità», delle norme che regolamentano i con-

³³ E. NAVARRETTA, *La causa e le riforme du code civil*, cit., p. 206, escludendo l'eliminazione delle funzioni della causa, afferma che «coerentemente con un'idea della causa che non è più un *vestmentum* imposto dall'ordinamento ma diviene uno strumento di tutela dei contraenti, grava sulle parti l'onere di provare la *cause de l'engagement*, sicché l'atto nudo deve reputarsi valido ed efficace sino a che una delle parti non riesca a dimostrare la rilevanza di una determinata *cause de l'engagement*, invocando la relativa tutela. Se poi la parte non riesce a dimostrare la *cause de l'engagement* non le resterà che ricorrere all'ingiustificato arricchimento di cui all'art. 1303-1».

³⁴ V., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 337 ss.

³⁵ Sulla meritevolezza si rinvia, in un'ampissima letteratura, a G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, I, p. 81 ss.; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, *ivi*, 1979, I, p. 1 ss.; ID., *Tipicità negoziale e interessi meritevoli di tutela nel contratto di utilizzazione di cassette di sicurezza*, *ivi*, 1988, I, p. 339 ss.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 52 ss.; R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 309 ss.; U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 485 ss.; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 431; A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 324 ss.; U. BRECCIA, *Interessi non meritevoli di tutela*, in G. ALPA, U. BRECCIA e A. LISERRE, *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 1999, p. 89 ss.; G. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale e il suo statuto. Una rilettura dell'art. 1322 cod. civ.*, in A. BELVEDERE e C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p. 125 ss.; G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 545 ss.; F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, Napoli, 2004, p. 121 ss.

³⁶ P. PERLINGIERI e A. FEDERICO, *Causa*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 8ª ed., 2017, p. 488. Afferma espressamente la rilevanza della causa concreta sull'interpretazione del contratto Cass., 22 novembre 2016, n. 23701, in *Foro it.* on line.



tratti *ex art.* 1324 c.c., sia dell'esclusione del carattere vincolante di una promessa (art. 1988 c.c.) sostanzialmente "astratta" dalla causa³⁷.

Tale principio conferma l'assunto che l'autonomia privata come potere di autodeterminazione non trova più riscontro in sé³⁸ e consente di comprendere non soltanto la nullità del contratto derivante dalla mancanza o dall'illiceità della causa, ma anche l'esclusione della protezione giuridica di atti negoziali a prescindere dal riscontro e dalla valutazione del fondamento giustificativo.

Il principio del consenso traslativo³⁹ ha realizzato la compenetrazione dell'atto traslativo con il contratto consensuale di modo che il contratto, oltre che fornire il titolo, realizza il trasferimento del diritto⁴⁰. Pertanto, il principio di causalità esclude la configurabilità di un negozio recante l'esclusiva funzione di trasferire il diritto da un soggetto all'altro in favore di una pluralità di negozi causali nei quali è proprio l'effetto del passaggio del diritto che si fonde intimamente con la causa in virtù della soccombenza normativa dell'interesse ad una facile e pronta circolazione dei beni sull'esigenza di intrinseca giustificazione degli atti traslativi.

In questa prospettiva, la causa configura uno strumento di controllo dell'operazione negoziale ovvero manifesta «l'ipostatizzazione del giudizio al quale l'ordinamento sottopone il contratto per attribuire ad esso forza di legge, la trasformazione in una "sostanza" [...] dell'apprezzamento cui l'ordinamento subordina la concessione del proprio presidio coercitivo alla pretesa che ciascuna delle parti di un accordo può rivolgere all'altra»⁴¹. Pertanto, la definizione della causa si risolve «(a) nella/e funzione/i alla/e quale/i questo giudizio è deputato, (b) nel/i parametro/i secondo cui questo giudizio deve essere implementato e (c) nella determinazione di quel che secondo tale/i parametro/i deve essere giudicato»⁴².

Tale esito non può discendere dalla mera disposizione dettata in tema di elementi del contratto, ma dipende dal sistema giuridico nel suo complesso e in particolare dal ruolo, storicamente condizionato, ascritto all'autonomia privata. È evidente, pertanto, l'utilizzazione della causa come strumento di controllo con riguardo al titolo che sorregge la costituzione o il trasferimento dei diritti e, dunque, il peculiare ruolo svolto nell'ambito della circolazione dei beni, essendo il requisito causale sempre stato «tendenzialmente l'espressione della connessione tra quella forma di mediazione giuridica che si esprime nel consenso (come tale vincolante) e la circolazione dei beni»⁴³. Il riconoscimento della configurabilità di situazioni nelle quali lo spostamento patrimoniale non si presenta come effetto di un negozio che contenga in sé la causa⁴⁴ ha consentito il superamento della ricorrente

³⁷ V. C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, rist. 2010, *passim*.

³⁸ V., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 322 ss.

³⁹ In argomento v., per tutti, P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, p. 7 ss., p. 17 ss.; E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, p. 3 ss., p. 7 e p. 65 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in E. GABRIELLI e F. GAZZONI, *Trattato sulla trascrizione*, 1, Milano, 2012, p. 1 ss.

⁴⁰ Sul superamento della scissione romanistica tra *titulus* e *modus acquirendi* v., in particolare, F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, Torino, 2010, p. 1 ss.

⁴¹ M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 146.

⁴² M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 147.

⁴³ A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.* Treccani, VI, Milano, 1988, p. 3.

⁴⁴ M. GIORGIANNI, *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 556.



considerazione della tipicità delle cause negoziali traslative⁴⁵, la correlata affermazione dell'ammissibilità di negozi traslativi atipici purché sorretti da causa lecita⁴⁶ e l'ammissibilità di una scissione tra atto traslativo e contratto obbligatorio che programma il trasferimento, con la conseguente possibilità di rinvenire il fondamento giustificativo dell'atto fuori di esso e precisamente nell'obbligazione di cui l'atto costituisce adempimento⁴⁷.

L'assunzione del principio di causalità negoziale prospetta un sistema che offre una maggiore tutela alle parti piuttosto che ai terzi, sí che la rimozione della causa dal vocabolario del sistema ordinamentale non oblitera la scelta del peculiare regime della circolazione della ricchezza: ancorché non ricondotte nell'alveo della causa (ma dell'oggetto, della c.d. nullità virtuale) le inadeguatezze funzionali dell'atto comunque sono opponibili ai terzi.

4. Il riconoscimento del principio di causalità negoziale non è accompagnato dall'univoca identificazione, da parte della dottrina e della giurisprudenza, della causa del contratto.

L'assenza di una concezione unitaria dipende essenzialmente dalla circostanza che la causa non si risolve, come sembra desumersi dalla previsione dell'art. 1325 c.c., in un elemento strutturale della fattispecie negoziale, concepibile esclusivamente in termini di "elemento essenziale" e come tale scarsamente permeabile a dati che non possano rintracciarsi nell'ambito della "struttura" dell'atto di autonomia.

La complessità dell'ordinamento e la diffusa esigenza di adeguare le decisioni ai casi concreti prospettano la necessità di valorizzare, attraverso il riscontro e la valutazione degli interessi in gioco, le peculiarità che contraddistinguono e rendono "irripetibile" ogni atto di autonomia negoziale e, altresì, impongono di ravvisare nella causa un *quid* che "illumina" il contratto nella dimensione di valore, cioè di regolamento di interessi, e che costituisce un "elemento" idoneo a riflettere le tensioni dei contraenti nei riguardi di certi risultati, vale a dire i concreti interessi alla realizzazione dei quali i negozi sono diretti e che, in quanto tali, non sono confinabili nella prospettiva meramente strutturale⁴⁸.

L'identificazione della causa ha configurato il terreno di scontro di opposti modi di intendere l'autonomia negoziale rispetto al sistema ordinamentale. La dottrina ha discusso sulla sufficienza della realizzazione, da parte dell'atto di autonomia, di interessi leciti ovvero della necessità dell'attuazione dei principi fondanti. In questa direzione, l'elaborazione dottrinale della causa ha finito con l'esprimere il ruolo dell'atto di autonomia nel sistema. Ciò spiega la presenza di una pluralità di ricostruzioni, distanti nei presupposti culturali ed ideo-

⁴⁵ S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile (Saggi)*, Milano, 1951, p. 268; P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, p. 24 ss.

⁴⁶ Cass., 28 gennaio 2002, n. 982, in *Giur. it.*, 2002, p. 1836 ss.; Cass., 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.*, I, p. 2895, con nota di F. GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, *ivi*, p. 2896 ss.; Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Corr. giur.*, 1988, p. 144, con nota di V. MARICONDA, *Articolo 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari*, A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 233 ss.; *ID.*, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, *passim*.

⁴⁷ A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007, p. 6. Sulla derogabilità dell'art. 1376 c.c. v., in particolare, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 484 ss.; G. D'AMICO, *La compravendita*, I, in *Tratt. dir. civ.* CCN diretto da P. Perlingieri, I, Napoli 2013, p. 228 ss.; F. ADDIS, *Potere di disposizione e regole di circolazione dei beni*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 260 ss.

⁴⁸ P. PERLINGIERI e A. FEDERICO, *Causa*, cit., p. 488 s.



logici, che hanno identificato la causa nella “funzione economico-sociale”⁴⁹, nella “sintesi degli effetti essenziali”⁵⁰, nella “funzione economico-individuale”⁵¹, ovvero l’hanno ricondotta, con formulazioni non idonee a ricomprendere tutti gli atti di autonomia negoziale, nell’alveo della “giustificazione dello spostamento patrimoniale”⁵² o nel “rapporto fondamentale” sottostante ad un determinato atto di autoregolamentazione.

Le notevoli trasformazioni che si sono verificate nell’ambito delle c.dd. fonti del diritto e la crescente utilizzazione giurisprudenziale dei principi generali attenuano l’utilità di una valutazione diacronica dell’incidenza dell’elaborazione degli studiosi del diritto civile sulla giurisprudenza. Molti orientamenti dottrinali, infatti, si sono sviluppati in un contesto ordinamentale non omogeneo rispetto all’attuale, sì che appare più proficuo mettere in evidenza le esigenze che l’elaborazione dottrinale ha considerato, piuttosto che rappresentarne gli esiti ricostruttivi e verificarne l’impatto nel tempo attuale. Né ha molto senso censurare l’utilizzazione attuale della funzione economico-sociale o della sintesi degli effetti giuridici essenziali: si tratta di formule storicamente condizionate che, nelle attuali applicazioni, non possono non essere abusate e piegate a finalità diverse da quelle ad esse ascritte dalle originarie narrazioni.

È sufficiente pensare che, con riferimento ad un ordinamento fondato sul libero scambio e sul dogma della volontà, la causa – intesa quale funzione economico-sociale – impedisce il ricorso al contratto per scopi futili e marginali e, nel contempo, prospetta una sorta di coincidenza della logica della volontà con la logica del mercato, imponendo allo scambio dei consensi il contestuale scambio in senso economico al fine di assicurare il controllo della razionalità mercantile⁵³. La funzione economico-sociale postula l’antecedenza dell’ordine sociale su quello giuridico là dove esige che le funzioni debbano essere stabili con conseguente limite dell’autonomia privata in difetto di una funzione socialmente tipica.

La causa – quale sintesi degli effetti giuridici essenziali – è servita a condurre la qualificazione del contratto esclusivamente nell’alveo del diritto. Tale esigenza appare accantonata nel tempo attuale dove l’economia, la tecnologia e le altre sfere sociali hanno sviluppato, nello specifico avanzare verso la globalizzazione, un enorme fabbisogno normativo che, lungi dall’essere soddisfatto da istituzioni nazionali o internazionali, ravvisa al proprio interno un’immediata risposta giuridica, mostrando così l’idoneità dei regimi privati globali alla produzione di un diritto che si rivolge sempre meno allo Stato, alla legislazione nazionale e ai trattati internazionali⁵⁴. In altri termini, le dinamiche del mercato globale hanno spezzato le anguste forme del diritto nazionale e hanno sospinto il riconoscimento di un diritto globale non statale⁵⁵ anche in ragione di una incontrollabile proliferazione di regolamenti privati, accordi e soluzioni di contenziosi.

⁴⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1960, XV, 2, p. 172 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 128 s.

⁵⁰ S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, p. 75 ss.

⁵¹ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 355 ss.

⁵² M. GIORGIANNI, *Causa*, cit., p. 565 ss.

⁵³ Così M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 155 s.

⁵⁴ Così G. TEUBNER, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in ID., *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione*, trad. it. a cura di R. Prandini, Roma, 2005, p. 60.

⁵⁵ G. TEUBNER, *Breaking Frames: la globalizzazione economica e l’emergere della lex mercatoria*, in ID., *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione*, cit., p. 18.



La causa – intesa come funzione economica individuale⁵⁶ – è stata orientata alla considerazione del contratto quale luogo di realizzazione di interessi individuali dinanzi all'incipiente pericolo di funzionalizzazione desumibile anche dalla proposta di applicazione diretta dei principi costituzionali⁵⁷ che iniziava a diffondersi negli anni dell'originaria formulazione.

In questa direzione, è palese il mero valore verbale dell'evocazione delle riferite definizioni della causa, giacché le originarie funzioni ad esse ascritte non possono permanere in presenza di significative trasformazioni dell'ordinamento.

La funzione economico-sociale – in un ordinamento che riconosce l'applicazione diretta dei principi generali e in particolare di quelli costituzionali – non rimuove soltanto interessi futili e capricciosi, ma, sganciandosi dall'originaria ricostruzione, giustifica la c.d. funzionalizzazione del contratto e la conseguente conformazione della autonomia contrattuale. Tale ricostruzione, insomma, attribuisce una funzione diversa da quella originaria quando l'ordinamento giuridico non si abbandona al mercato e, se riferita ad un sistema liberista, non porta con sé nulla di diverso dalla ragione utilitaria, là dove, sulla base della valorizzazione dei principi fondanti il sistema ordinamentale, postula la necessità dell'utilità sociale.

Esemplare è la vicenda della causa concreta che – innestata sulla causa come funzione economico-individuale al fine di ravvisare nel contratto lo strumento di attuazione di interessi individuali ed escludere qualsiasi funzionalizzazione – oggi costituisce uno strumento imprescindibile per la concreta operatività dei principi costituzionali nella disciplina dei contratti. C'è una qualche ironia in questa vicenda, giacché l'esito di un orientamento dottrinale originato dalla contestazione della funzionalizzazione del contratto si trasforma nello strumento che consente alla giurisprudenza di assicurare la funzionalizzazione.

Da un lato, il riconoscimento giurisprudenziale del valore normativo dei principi espone la disciplina del contratto alla costituzione anche mediante il controllo – demandato essenzialmente alla funzione giurisdizionale – sulla conformità dell'esercizio del potere di autonomia privata ai principi costituzionali, mettendo in discussione l'esclusiva ascrivibilità ai dispositivi introdotti con la legge ordinaria del bilanciamento con gli interessi in senso ampio sociali protetti dalla Costituzione. Dall'altro, la c.d. crisi della fattispecie⁵⁸ sollecita la prospettazione della causa (non come funzione oggettiva e tipica, ma) come funzione indi-

⁵⁶ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 249 ss. e spec. p. 254-258 ss.

⁵⁷ Eloquente la censura di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 171 s., nei confronti di chi «sostiene, con generica approssimazione, che la Carta Costituzionale ha contribuito a porre nuovi limiti all'autonomia privata» osservando che «a parte che le norme costituzionali, a causa della loro stessa genesi, sono disponibili per le più diverse interpretazioni e possono essere ugualmente utilizzate, sia in una prospettiva politica *whig*, che in una prospettiva politica *tory*; pur senza volere negare rilievo a quelle tendenze sociali che hanno caratterizzato le moderne legislazioni, e che trovano più d'uno spunto nella costituzione, talune posizioni che finiscono, più o meno direttamente, per considerare il diritto civile come “un museo di antichità”, sembrano riposare, più che su una spassionata lettura della Carta costituzionale, sull'idea, un tempo estranea agli studi giuridici, di dover tenere dietro alla prassi politica corrente e di doverne interpretare le direttive».

⁵⁸ V., in particolare, N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss.; ID., *Nómos e lex (Stato di diritto come Stato della legge)*, *ivi*, 2016, p. 589 ss.; ID., *Sulla “positività ermeneutica” (per Vincenzo Scalisi)*, *ivi*, 2016, p. 923 ss.; G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim.*, 2015, p. 110 ss.; G. FILANTI, *Valori, principi, fattispecie*, in *juscivile.it*, 2015, 12, p. 720 ss.



viduale e concreta, giacché la sottoposizione al giudice attiene alla rappresentazione di «operazioni economiche», intrecci o grovigli di interessi e bisogni e attese e non di casi sempre riconducibili ad una fattispecie normativa⁵⁹.

In altri termini, la giurisprudenza ha prestato ossequio alla funzione economico-sociale fino a quando non ha mutato il proprio ruolo nell'ordinamento in virtù di una funzione nomofilattica che prospetta un grado di vincolatività del precedente giudiziario, in termini compatibili con gli ordinamenti di *civil law*, strumento indispensabile e insostituibile di semplificazione della crescente complessità del sistema giuridico⁶⁰. Nel mutato contesto, la giurisprudenza ha utilizzato la causa concreta non orientandola esclusivamente all'affermazione del contratto quale modalità di attuazione di interessi individuali ma, al contrario, al fine di recuperare le peculiarità del concreto regolamento per consentire il controllo di conformità ai principi costituzionali della singola specifica e irripetibile manifestazione di autonomia privata.

5. La formula della causa quale «sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato»⁶¹, è presente in modo sempre più pervasivo nelle motivazioni di molte sentenze di merito e di legittimità⁶². Nella corrente elaborazione della giurisprudenza, la causa non soltanto risorge, ma attinge, dopo il lungo arroccamento sulla funzione economico-sociale⁶³, nuova linfa dalla causa concreta, mostrando, almeno sotto il profilo della formulazione linguistica, un significativo mutamento di paradigma⁶⁴.

Fermo restando la distanza esistente tra le ricostruzioni della causa in senso oggettivo⁶⁵ e quelle rivolte a cogliere il concreto interesse perseguito dai contraenti⁶⁶, si deve riconoscere che anche le teorie c.dd. oggettive hanno tentato di soddisfare l'esigenza di relati-

⁵⁹ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 43.

⁶⁰ Così A. FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, cit., in corso di pubblicazione.

⁶¹ È l'espressione utilizzata da Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 299 ss., e in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza*, cit., p. 212 ss., con nota di O. CLARIZIA, *Valutazione della causa in concreto e superamento del tipo legale*, *ivi*, p. 411 ss.; come anche da Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 513 (con nota di P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art 2059 c.c. e la «tipicità» del danno alla persona*), quale modalità di individuazione degli interessi non patrimoniali risarcibili.

⁶² Così V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., p. 958.

⁶³ V., in particolare, Cass., 15 luglio 1993, n. 7844, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 734 ss.; Cass., 13 gennaio 1995, n. 367, in *Notariato*, 1995, p. 453 ss.; Cass., 4 aprile 2003, n. 5324, in *Arch. civ.*, 2004, p. 238 ss.

⁶⁴ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 43, riconduce la prospettazione della causa (non come funzione oggettiva e tipica, ma) come funzione individuale e concreta al fenomeno caratterizzato dalla mancata esposizione al giudice di eventi riducibili a casi, «stati di fatto contrari al diritto» e perciò destinati al confronto con stati di fatto previsti dal diritto, in favore della rappresentazione di «operazioni economiche», posizioni esistenziali (il nascere e il morire), intrecci o grovigli di interessi e bisogni e attese.

⁶⁵ Sulla causa come funzione economico-sociale v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 172 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 128 s. Sulla ricostruzione come «sintesi degli effetti essenziali» v. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, cit., p. 75 ss.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 62.

⁶⁶ In questa direzione, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 355 ss.



vizzazione dell'operazione negoziale mediante l'individuazione dello specifico valore che un determinato contratto, considerato nel suo concreto atteggiarsi, assume per le parti.

Nel lungo periodo di indiscussa sottomissione alla funzione economico-sociale, la giurisprudenza ha sempre provato ad adeguare la regola del caso concreto agli interessi perseguiti dai contraenti. Nonostante l'ossequio alla formula della funzione economico-sociale e la sostanziale identificazione della causa con il tipo⁶⁷, sono stati costantemente impiegati strumenti di "correzione" della riferita ricostruzione della causa al fine di superarne l'impermeabilità alla peculiare ragione dell'operazione contrattuale.

La consapevolezza dell'insufficienza della c.d. ricostruzione oggettiva della causa – necessitata dalle previsioni della frode alla legge⁶⁸ e dell'art. 1345 c.c. che hanno indotto a guardare alla causa concreta, in funzione della repressione dei contratti illeciti, come scoperta dell'acqua calda⁶⁹ – è stata espressa mediante la messa in evidenza dell'utilizzazione strumentale, e non finale, di un dato contratto tipico e la relativa elaborazione del negozio indiretto⁷⁰ che, di là dalla funzione economico-sociale, ha consentito di chiarire il significato concreto dell'operazione, nonché di valutarne, in termini più aderenti alla realtà, la conformità rispetto all'ordinamento e di individuarne la disciplina più adeguata.

Se si tenta di isolare il problema giuridico ovvero il tipo di problema conoscitivo sotteso alla costruzione del negozio giuridico c.d. indiretto, la relativa elaborazione mette in evidenza una prospettiva relativizzante dei problemi pratici al fine di una individuazione del concreto regolamento contrattuale in modo coerente con gli interessi messi in evidenza nell'atto. Il negozio indiretto, insomma, ha sicuramente «fotografato» il decadere dello scopo tipico per il quale era originariamente sorto un determinato atto negoziale, rappresentando, conseguentemente, l'utilizzazione di figure giuridiche formali per la realizzazione di scopi nuovi e diversi rispetto a quelli per i quali erano state originariamente concepite e offrendosi quale strumento per evitare, in virtù dell'utilizzazione di una categoria dogmatica di risalente tradizione, il riconoscimento della necessità del superamento della tecnica della

⁶⁷ Sui rapporti tra causa e tipo, v., in particolare, G. ALPA, *La causa e il tipo*, cit., p. 575; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 7 ss.; G.B. FERRI, *op. ult. cit. passim*. In particolare G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974 p. 7 ss., contesta che il problema della causa abbia assorbito quello del tipo, giacché i tentativi di individuare l'elemento caratterizzante il tipo hanno contribuito all'elaborazione delle due varianti più significative della concezione oggettiva: quella della causa come funzione e quella della causa come contenuto essenziale del contratto (*ivi*, p. 60).

⁶⁸ C. CAMARDI, *Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge. Un classico alla prova di esperienze recenti*, in *Contratti*, 2011, p. 1044 ss.

⁶⁹ V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., p. 974.

⁷⁰ Sul negozio indiretto v., in particolare, T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi per Vivante*, I, Roma, 1931, p. 235 s., con il titolo *Il negozio indiretto*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 3 ss.; C.M. BIANCA, *Divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 177; L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 25 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 403 ss.; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1962, p. 105; A. AURICCHIO, *Negozio indiretto*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1965, XI, p. 221 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 343; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo continuato da L. Mengoni, Milano, 1988, p. 29 ss.; G. SCALFI, *Negozio indiretto*, in *Enc. giur.* Treccani, XX, Roma, 1990; M. DI PAOLO, *Negozio indiretto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 124; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, 1, Torino, 1993, p. 58 ss.



sussunzione⁷¹ nel consentire l'applicazione sia della disciplina del negozio adottato sia della regolamentazione dettata per il concreto interesse perseguito.

L'esigenza di una prospettiva relativizzante – dettata dall'insufficienza della causa come funzione economico-sociale – è mostrata con chiarezza anche dalla duplicazione giurisprudenziale della causa in astratto e concreta⁷², per tacere dell'elaborazione in tema di collegamento negoziale⁷³, luogo naturale della causa concreta, ovvero della presupposizione⁷⁴ che, ancorché ne sia sovente esclusa la rilevanza causale, impone comunque, ai fini della sua corretta individuazione, la ricognizione dell'interesse perseguito dai contraenti.

Oggi la specifica giustificazione del contratto assume rilevanza causale mediante la formula della 'causa concreta', ma non può sostenersi che in precedenza sia stata ignorata, sì che il passaggio giurisprudenziale dalla funzione economico-sociale alla causa concreta – esclusivamente sotto il profilo della considerazione della ragione dell'affare – non può essere sopravvalutato, fermo restando l'inconciliabilità delle opposte concezioni dell'autonomia negoziale che hanno originato le diverse formulazioni della causa⁷⁵.

Come rilevato in precedenza, i significativi mutamenti normativi impediscono la rievocazione di orientamenti strettamente connessi alle peculiarità del sistema nel quale si sono sviluppati e assolutamente inconferenti in un ordinamento caratterizzato da una Costituzione rigida, dalla maggiore consistenza dell'applicazione giurisprudenziale dei principi, costituzionali, europei e internazionali⁷⁶ e dal ruolo sempre più incisivo e determinante che ha assunto il momento giurisprudenziale nell'esperienza del diritto che, come è stato rilevato, impone di riconoscere che la giurisprudenza è fonte del diritto, anzi probabilmente la principale delle fonti⁷⁷.

Qualora si intenda ricercare l'interesse alla base del compimento dell'atto di autonomia, l'indagine non può che rivolgersi alla causa, che, in quanto tale racchiude, tra i molteplici interessi astrattamente ipotizzabili, quelli che acquistano concreta e specifica consistenza e confluiscono in essa, *rectius* ne restano assorbiti⁷⁸. Come è stato dimostrato⁷⁹, la causa – intesa come funzione economico-individuale – da un lato, è l'elemento di coesione di tutti gli altri elementi (primari o secondari che siano) della complessa ed articolata struttura della regola privata che il contratto esprime; dall'altro, dinanzi alla regolamentazione

⁷¹ Così A. FEDERICO, *Artt. 1343-1345 c.c.*, in G. PERLINGIERI, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Libro IV, *Delle Obbligazioni*, I (art. 1173-1536), Napoli, 2010, p. 573 ss.

⁷² Cass., Sez. un., 11 gennaio 1973, n. 63, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1085; Cass., 28 gennaio 1983, n. 808, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Contratto in genere*, n. 157; Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, in *Contratti*, 2008, p. 33 ss.

⁷³ Sul collegamento negoziale v., per tutti, G. FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 233 ss.; cfr. F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2000, p. 13 s.; R. SACCO, *Contratto collegato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., agg.*, Torino, 2011, p. 238 ss.

⁷⁴ Cfr. G.B. FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 331 ss.

⁷⁵ In argomento, v., per tutti, G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., p. 52 ss.; G.B. FERRI, *Le stagioni del contratto e le idee di Guido Alpa*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, p. 205 ss.

⁷⁶ Cfr. Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, I, c. 141; Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, cit., p. 992; Cass., 11 gennaio 2011, n. 450, in *Foro it.*, 2011, I, c. 394; Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080, cit., p. 1295.

⁷⁷ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 177 ss.

⁷⁸ C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 236 ss.

⁷⁹ G.B. FERRI, *L'accordo sufficiente e la causa del contratto*, cit., p. 459.



prospettata dal contratto, costituisce l'indice di come tale regola privata sia l'espressione oggettivata delle finalità soggettive che le parti del contratto intendono perseguire.

La riferita inclinazione della causa concreta alla rappresentazione della dimensione razionale e ragionevole della regola contrattuale – mediante la quale le parti hanno disciplinato specifici e concreti interessi⁸⁰ – ne rende estremamente delicata l'utilizzazione, perché impone di valutare, come è evidente, l'interesse in concreto con riguardo ad una specifica operazione contrattuale.

Tale interesse, tuttavia, non può essere oggetto di conoscenza razionale a prescindere dalla ricognizione degli effetti giuridici del contratto, giacché esso non si regge da solo, ma relativizza gli effetti giuridici del concreto negozio⁸¹; vale a dire, gli effetti giuridici sono “colorati” dai concreti interessi che l'operazione è diretta a realizzare, i quali non possono essere precisati in difetto della contestuale individuazione degli effetti, anche quelli legali, perché la qualificazione non può essere operata soltanto con riguardo agli elementi indicati dalle parti, ma anche sulla base di quelli posti da fonti diverse che partecipano alla costruzione del regolamento contrattuale⁸².

La causa concreta non si risolve nella mera messa in evidenza dell'interesse perseguito dai contraenti. Qualora il medesimo interesse sia realizzato attraverso effetti giuridici diversi non può essere affermata l'identità causale delle distinte operazioni negoziali, giacché la diversità degli effetti mostra un peculiare profilo funzionale non oscurabile dall'isolamento dell'interesse e dall'affermazione della idoneità ad essere soddisfatto da parte di differenti effetti giuridici, a meno di voler attribuire all'interesse una consistenza ontologica che non può essere ravvisata a prescindere dall'intervento dell'ordinamento giuridico: oggetto della valutazione, dunque, non sono soltanto gli interessi dedotti dai contraenti, ma il concreto significato degli effetti giuridici come relativizzato dagli interessi perseguiti dalle parti⁸³.

In questa direzione, sono evidenti le difficoltà e i pericoli insiti nell'utilizzo della causa come sintesi degli interessi reali: ora si può scadere nella considerazione esclusiva dell'interesse concreto⁸⁴, con astrazione dagli effetti giuridici, e la conseguente errata individuazione della causa ne determina la dissoluzione in una mera formula suscettibile di giustificare soluzioni esclusivamente fondate sulla precomprensione⁸⁵; ora si può cedere all'eccessiva valutazione dello schema dell'operazione posta in essere – con contestuale sostanziale riduzione della causa al tipo, nonostante la formula della funzione economico-

⁸⁰ L'evoluzione dell'elaborazione della causa dimostra che qualora si intenda ricercare l'interesse alla base del compimento dell'atto di autonomia, l'indagine non può che rivolgersi alla causa, che in quanto tale racchiude, tra i molteplici interessi astrattamente ipotizzabili, quelli che acquistano concreta e specifica consistenza e confluiscono nella causa negoziale, *rectius* ne restano assorbiti (così C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 236 ss.).

⁸¹ P. PERLINGIERI e A. FEDERICO, *Causa*, cit., p. 488 ss.

⁸² In questa direzione, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 236 ss. V., altresì, V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti*, Napoli, 1985, p. 189 ss., p. 218 ss.

⁸³ Sia consentito rinviare a A. FEDERICO, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 589 ss.

⁸⁴ Così A. FEDERICO, *L'uso giurisprudenziale della causa concreta*, cit., p. 33.

⁸⁵ Secondo M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, p. 139, la causa sembra aver assunto il ruolo di un *escamotage* pratico che il giudice riscopre ed utilizza *ad libitum* per riportare l'equità nel caso concreto.



individuale – e alla conseguente ascrizione alla causa di connotati che attengono allo schema dell'operazione posta in essere dai contraenti⁸⁶.

Oggi è necessaria l'obliterazione della complessità dogmatica di un concetto caratterizzato da una pluralità di volti e dalla molteplicità dei problemi giuridici sottesi con la contestuale messa in evidenza dell'esigenza di superare gli equivoci sollevati dalle diffuse dicotomie: tra nozione oggettiva e soggettiva, astratta e tipizzante, da un lato, concreta e attenta alle peculiarità dello specifico atto di autonomia, dall'altro; tra valutazione del contratto dal punto di vista dei contraenti ovvero dal punto di vista dell'ordinamento⁸⁷. A differenza delle tradizionali rappresentazioni⁸⁸, tali contrapposizioni non sono mai state delineate in termini così netti giacché spesso si sono poste quali vere e proprie distinzioni di maniera.

6. L'approdo della giurisprudenza alla causa concreta è contestuale alla diffusione delle nuove tecnologie che, al contrario, sembrano ostacolare l'emersione dei concreti interessi nell'ambito del regolamento contrattuale.

Il riferimento non è alla riproposizione – dinanzi ai fattori di trasformazione normativi, sociali, economici, culturali, tecnologici – dell'antico e mai sopito dibattito sul ruolo dell'accordo nel fenomeno contrattuale. La configurazione di scambi senza accordo⁸⁹, l'interrogativo sulla disumanizzazione del contratto⁹⁰, infatti, costituiscono la moderna ambientazione di un tema sempre presente nell'elaborazione della civilistica italiana, sí che, pur arricchendo la posizione del relativo tipo di problema, non consentono di enucleare una questione riferibile esclusivamente al moderno paradigma contrattuale perché si traducono nella riproposizione, dettata dallo sviluppo della tecnica, del dibattito sull'essenzialità dell'accordo⁹¹.

Le peculiari modalità di conclusione del contratto sovente impediscono la messa in evidenza degli interessi dei contraenti, precludendo, da un lato, la relativizzazione dell'operazione negoziale posta in essere mediante l'individuazione della specifica ragione dell'affare, imponendo, dall'altro, di ricondurre il profilo funzionale all'interesse normalmente ascrivito al tipo contrattuale nell'alveo del quale è riconducibile il contratto.

Con specifico riferimento ai contratti in via telematica ovvero agli *smart contracts*⁹², spesso è esclusa l'emersione della ragione concreta dell'affare, giacché le specifiche modalità

⁸⁶ A. FEDERICO, *L'uso giurisprudenziale della causa concreta*, cit., p. 33.

⁸⁷ M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 26, osserva che la causa oggettiva e la causa soggettiva esprimono la necessità di considerare i sacrifici e i vantaggi affidati dalle parti alla conclusione del contratto da due distinti punti di vista così prospettando un duplice giudizio inteso a vagliarne la virtuale ragionevolezza e la concreta esistenza/attuabilità.

⁸⁸ Dalle quali, tuttavia, occorre «disancorarsi [...], verificarne la relatività e storicità» in quanto «antichi dogmi»: così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 129.

⁸⁹ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim.*, 1998, p. 347 ss.

⁹⁰ G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss. Cfr. N. IRTI, «È vero, ma ... (Replia a Giorgio Oppò)», *ivi*, 1999, I, p. 273 ss.

⁹¹ Cfr. F. GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 655 ss.

⁹² Sugli *smart contracts* v. N. SZABO, *The idea of Smart Contracts*, in <http://szabo.best.vwh.net/idea.html>; D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 386 ss.; P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II,



di formazione impediscono la rappresentazione degli interessi perseguiti dai contraenti, come risulta dal rilievo che il contraente si limita a manifestare il consenso attraverso un semplice clic.

Del pari, l'esecuzione del contratto è suscettibile di essere depurata dai concreti interessi mediante la traduzione dei regolamenti contrattuali in programmi informatici che ne consentono l'autoesecuzione, applicandone le clausole pattuite, eseguendone le prestazioni, ecc.

In definitiva, la considerazione dell'interesse concreto può avvenire esclusivamente nei casi in cui le modalità di formazione del contratto e/o la specifica operazione contrattuale non impediscano la messa in evidenza della concreta ragione dell'affare⁹³.

7. Tale conclusione rafforza la connessione della diffusione giurisprudenziale della causa concreta con l'applicazione dei principi generali. Lungi dall'essere evocata dalla crescente emersione degli interessi concreti, la causa concreta costituisce il mezzo per la verifica della conformità del contratto ai principi fondamentali racchiusi nella Costituzione.

Eloquente è la recente affermazione⁹⁴ in forza della quale «[l']immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Il giudizio di immeritevolezza, in definitiva, non costituisce che una parafrasi moderna del secolare ammonimento di Paolo nei Libri LXII *ad edictum*, ovvero *non omne quod licet, honestum est* (Dig., 50, XVII, 144)».

Il riferito orientamento affonda le radici in precedenti decisioni giurisprudenziali. La Corte di Cassazione, infatti, ha escluso la meritevolezza di tutela della clausola, inserita in una concessione di derivazione di acque pubbliche, che imponeva al concessionario il pagamento del canone anche nel caso di mancata fruizione della derivazione per fatto imputabile alla p.a. concedente, per contrarietà al principio di cui all'art. 41, comma 2, cost.⁹⁵; della clausola, inserita in un mutuo di scopo per l'acquisto di un bene materiale, che obbligava il mutuante al pagamento delle rate anche nel caso di mancata consegna del bene da parte del venditore⁹⁶; della clausola contrattuale che vietava al conduttore di ospitare stabilmente persone non appartenenti al suo nucleo familiare, in quanto contrastante coi doveri di solidarietà⁹⁷; della clausola *claims made* inserita nel contratto di assicurazione stipulato⁹⁸. Del pari immeritevole è stato considerato il contratto finanziario che addossava alla

p. 107 ss.; M. L. PERUGINI e P. DAL CHECCO, *Introduzione agli Smart Contract*, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2729545; D. DI MAIO e G. RINALDI, *Blockchain e la rivoluzione legale degli Smart Contracts*, in <http://www.diritto bancario.it>.

⁹³ Così A. FEDERICO, *L'uso giurisprudenziale della causa concreta*, cit., spec. p. 47 ss.

⁹⁴ Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, in *Contratti*, 2017, p. 383 ss., in part. p. 385, tuttavia con nota critica di U. CARNEVALI, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, *ivi*, p. 387 ss.

⁹⁵ Cass., Sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4222, cit., c. 2007 ss.

⁹⁶ Cass., 19 luglio 2012, n. 12454, cit., p. 993 ss.

⁹⁷ Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, cit., p. 992 ss. In maniera conforme Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080, cit., p. 1295 ss.

⁹⁸ Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Corr. giur.*, 2016, p. 921 ss., con note *ex multis* di: R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, *ivi*, p. 927 ss.; P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle sezioni unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, II, p. 656 ss.; M. GAZZARA, *La*



banca vantaggi certi e garantiti ed al risparmiatore non garantiva alcuna certa prospettiva di lucro (è la nota vicenda del contratto “Myway”, che prevedeva l’acquisto di prodotti finanziari, emessi da una banca, mediante un mutuo erogato dalla stessa banca, e poi costituiti in pegno a garanzia del mancato rimborso del finanziamento⁹⁹; il contratto atipico stipulato tra farmacisti, in virtù del quale gli aderenti si obbligavano a non aprire al pubblico il proprio esercizio commerciale nel giorno di sabato, in quanto contrastante con la «effettiva realizzazione di un assetto concorrenziale del mercato»¹⁰⁰; il contratto fiduciario in virtù del quale ad una banca, presso cui il cliente aveva depositato somme di denaro su un libretto di risparmio ed aperto un conto corrente, di compensare l’attivo del primo con il passivo del secondo¹⁰¹; il patto parasociale in virtù del quale i soci firmatari si obbligavano, in occasione delle deliberazioni assembleari di nomina degli amministratori e dei sindaci, a votare in conformità alle indicazioni formulate da uno di essi¹⁰². Né può tacersi del potere di ridurre la clausola penale manifestamente eccessiva¹⁰³ sulla base del rilievo che l’autonomia negoziale delle parti è circoscritta entro il limite della meritevolezza, travalicato il quale l’ordinamento nega la tutela.

Le predette decisioni consentono di affermare che la giurisprudenza reputa immeritevoli, ai sensi dell’art. 1322, comma 2, c.c., contratti o patti contrattuali che, ancorché formalmente rispettosi della legge, hanno quale scopo o effetto l’iscrizione, ad una delle parti, di un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l’altra; l’attribuzione ad una delle parti di una posizione di indeterminata soggezione rispetto all’altra; la sollecitazione di una delle parti al compimento di condotte contrastanti con i superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti.

L’orientamento giurisprudenziale in esame sanziona il contratto atipico non meritevole di tutela *ex art. 1322, comma 2, c.c.*, con l’inefficacia, anziché la nullità, là dove il contratto tipico con clausola atipica non meritevole di tutela è esposto alla nullità della clausola con la conseguente possibilità di sostituzione automatica *ex art. 1339 c.c.* Fermo restando l’evidente fragilità della separazione tra contratto atipico e contratto tipico con clausola atipica, anche in ragione del carattere meramente descrittivo della distinzione tra tipicità e atipicità¹⁰⁴, il ricorso al controllo di meritevolezza e alla conseguente sanzione di inefficacia costituiscono un evidente espediente al quale approda il pragmatismo giurisprudenziale per

meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni unite, in *Danno resp.*, 2016, p. 935 ss.; R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, A. PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.*, e B. TASSONE, *Le clausole claims made al vaglio delle sezioni unite: gran finale di stagione o prodromo di una nuova serie?*, in *Foro it.*, 2016, I, rispettivamente cc. 2026 ss., 2032 ss. e 2036 ss.

⁹⁹ *Ex aliis*, Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, cit., p. 725 ss.; Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, cit., p. 137 ss.

¹⁰⁰ Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080, cit., p. 1296.

¹⁰¹ Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898, cit., p. 2481.

¹⁰² Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, cit.

¹⁰³ Cass., Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit., p. 13 ss.

¹⁰⁴ P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità dei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 389 ss. Sia consentito rinviare a A. FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, cit., p. 165 ss. In questo superamento si rivela «utile» la ragionevolezza: in tal senso, cfr. G. PERLINGIERI, *Sul criterio della ragionevolezza*, in *Annali SISDiC*, 2017, 1, p. 55; ID., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 91 ss.; ID., *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 529 ss.



eludere il riconoscimento del valore normativo dei principi generali e l'elevazione dei medesimi a parametro della liceità ovvero della meritevolezza di tutela e della conseguente nullità *ex art. 1343*, ovvero *ex art. 1418*, comma 1, c.c. derivante dalla violazione di norma imperativa (art. 1322, comma 2, c.c.), nonché della rilevabilità di ufficio.

L'alternativa è evidente. I principi generali contengono contenuti normativi tali da configurare parametri di riferimento in sede di controllo degli atti di autonomia, con la conseguente nullità del contratto in caso di violazione, ovvero non recano contenuti normativi suscettibili di conoscenza razionale, sí che non possono neanche incidere sull'efficacia dei contratti. Se la differenza tra regole e principi non è suscettibile di essere posta in termini incontrovertibili, scarso rilievo assume la generale contestazione dell'idoneità dei "principi" a costituire norma suscettibile di determinare l'illiceità della causa o dell'oggetto del contratto, la nullità c.d. virtuale *ex art. 1418*, comma 1, c.c., l'integrazione del contratto¹⁰⁵. Le norme giuridiche indicate come principi ora possono configurare una norma imperativa, ora sono suscettibili di inclusione nell'ordine pubblico, ora possono fondare l'argomentazione a sostegno dell'interpretazione tradizionalmente indicata come applicazione analogica, ora permettono l'individuazione della norma ricollegabile ad una disposizione normativa suscettibile di una pluralità di interpretazioni. Fermo restando l'opinabilità della diffusa generalizzazione secondo la quale l'uso dei principi comporta la creazione di una nuova regola da parte dell'interprete, giacché l'operatività del principio sovente estende l'applicazione di una regola posta dal legislatore ad ipotesi non espressamente considerate, è possibile contestare la fondatezza dei riferiti possibili valori normativi soltanto con specifico riferimento ad un determinato principio¹⁰⁶.

Il tempo attuale non impone di congedarci dalla causa ma dalle narrazioni ideologicamente condizionate che, non più ancorate agli originari riferimenti normativi, hanno smarrito ogni giustificazione a séguito delle trasformazioni del sistema ordinamentale. Oggi è necessario verificare l'idoneità della causa all'assunzione del ruolo di strumento di controllo del contratto in sede di circolazione della ricchezza, sí che riveste scarso interesse la discussione nominalistica sulla riconduzione nell'alveo della funzione economico-sociale ovvero economico-individuale, anche in considerazione del rilievo che il legislatore non ha più il monopolio della produzione del diritto e l'autonomia negoziale investe quasi tutti i rapporti e ogni realtà ideale e fisica è suscettibile di essere disciplinata da contratti.

In tale contesto, il confronto dialettico sulla funzionalizzazione o meno del contratto appare un paradigma del mondo di ieri che oscura il reale problema, vale a dire il valore normativo dei principi generali. La funzionalizzazione del contratto, infatti, non comporta l'attuazione di interessi diversi da quelli dei contraenti ma impone la selezione delle regole contrattuali conformi ai principi generali posti a base del sistema ordinamentale.

La contrapposizione, infatti, si pone tra coloro che escludono il valore normativo dei principi e la possibile operatività quale parametro di controllo e chi, riconoscendone il valore normativo, non si straccia le vesti dinanzi alla nullità del contratto desumibile dalla non

¹⁰⁵ Su tali questioni v., in particolare, E. CAPOBIANCO, *Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi*, in F. VOLPE, *Correzione e integrazione del contratto*, Bologna, 2016, p. 5 ss.

¹⁰⁶ Sia consentito rinviare a A. FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, in corso di pubblicazione.



conformità ad un principio costituzionale senza la mediazione dell'ordine pubblico e la conseguente applicazione dei principi filtrati dall'elaborazione dogmatica.

I principi sono norme giuridiche ancorché la giurisprudenza, pur desumendone contenuti normativi suscettibili di conoscenza razionale, tenta di evitare la rilevabilità di ufficio della nullità derivante dalla violazione dei principi. Il naturale pragmatismo, infatti, sollecita la giurisprudenza a valorizzare la causa concreta allo scopo di consentire il bilanciamento dei principi con il contestuale recupero della meritevolezza al fine di escludere la tutela giuridica di contratti in contrasto con i principi generali.



DAS STRAFRECHT ZWISCHEN INTERPRETATION UND “MEDIATISIERTER PARANOIA”: DIE AUSWIRKUNGEN DER “GROßEN KRIMINALITÄTSBLASE” IN ITALIEN UND DEN USA

FRANCESCO SCHIAFFO

INHALTSVERZEICHNIS: 1. Vorverständnis, Intuition und Interpretation in der Praxis der strafrechtlichen Rechtsprechung: die hermeneutischen Grundlagen. – 2. Die emotive Verletzbarkeit des Auslegers: Intuition, Vorverständnis und psychologischen Dynamik. – 2.1. Die Notwendigkeit von “Rationalisierung” und Strafprozess. – 3. Die verzerrte Intuition: Mediale Darstellung der Realität und Verfälschung der kognitiven Umweltkarten. – 3.1. Auslegung und mikrosoziale Effekte der Notwendigkeit von “Rationalisierung”: die psychosozialen Implikationen der politischen Entscheidungen für die Regulierung des Marktes der Massenkommunikation. – 3.2. Die Instrumente für die medienwirksame Schaffung von Werteauswahl: die Agenda-Macht der Medien. – 4. Die „große Kriminalitätsblase“ in Italien: der Ausleger zwischen Intuition und „mediatisierter Paranoia“. – 5. Die makrosozialen Effekte der “großen Kriminalitätsblase” in den USA. – 6. Die makrosozialen Effekte der “großen Kriminalitätsblase” in Italien. – 6.1. Die Reform der Notwehr (Gesetz Nr. 59/2006). – 6.2. Die Definition einer neuen Disziplin für die Verwaltung der öffentlichen Sicherheit: die Einbeziehung des Militärs, der lokalen Polizei und privater Bürger. – 7. Die “große Kriminalitätsblase” und die Privatisierung der Verwaltung der öffentlichen Sicherheit in der Krise des Sozialstaats.

1. In der Praxis der strafrechtlichen Rechtsprechung riskieren Intuition, Vorverständnis und Vorurteil eine immer Rolle einzunehmen, die viel bedeutsamer ist, als sie in anderen gerichtlichen Bereichen haben könnten.

In der gegenwärtigen Hermeneutik definiert eine maßgebende theoretische Ausarbeitung die Rolle des Vorverständnisses im Bereich des gnoseologischen Modells als “Zirkel im Verstehen”.

Während dieser später auch von Gadamer geteilt und weiterentwickelt wurde¹, war er bereits in den Gedanken Heideggers umrissen worden².

Vor allem in der ersten Ausgabe von *Sein und Zeit* behauptet Heidegger bereits, dass es unmöglich sei, von Vorurteilen und Präkognitionen abzusehen, die die historische und

¹ GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik* (1960), 5. Aufl., Tübingen 1986, S.270 ff..

² “Verstehen und Auslegung” ist der §32 aus *Sein und Zeit* von Heidegger gewidmet. Das Werk wurde 1927 in seiner ersten Auflage herausgegeben. Der Charakter zeitlicher Begrenztheit - den unter anderem ein zweiter Band ankündigte - entschwindet in der siebten Auflage, die geringe inhaltliche Anpassungen an den Text einleitete: vgl. hierzu HEIDEGGER, *Vorbemerkung zur siebenten Auflage 1953*, in DERS., *Sein und Zeit* (1927), 15. Aufl. 1979, Tübingen 1984, S.VII; CHIODI, *La presente edizione*, in HEIDEGGER, *Essere e tempo* (1927), italienische Übersetzung von P. Chiodi, 17. Aufl., Milano 2003, S.XL; CHIODI, *Introduzione all'edizione italiana*, ebenda, S.III f.



ontologische Dimension des Auslegers gestalten und die ihn dazu veranlassen, zunächst zu verstehen und anschließend auszulegen³.

Laut Heidegger, kann «das Faktum des Zirkels im Verstehen» nicht beseitigt werden. Er schreibt: «Nicht darum geht es, Verstehen und Auslegung einem bestimmten Erkenntnisideal auszugleichen, das selbst nur eine Abart von Verstehen ist, die sich in die rechtmäßige Aufgabe einer Erfassung der Vorhandenen in seiner wesenhaften Unverständlichkeit verlaufen ist. [...]. Idealer wäre es freilich auch nach der Meinung der Historiker selbst, wenn der Zirkel vermieden werden könnte und Hoffnung bestünde, einmal eine Historie zu schaffen, die vom Standort des Betrachters so unabhängig wäre wie vermeintlich die Naturerkenntnis»⁴.

«Aber in diesem Zirkel ein vitiosum sehen und nach Wegen Ausschau halten, ihn zu vermeiden, ja ihn auch nur als unvermeidliche Unvollkommenheit „empfinden“, heißt das Verstehen von Grund aus missverstehen»⁵ und die ontologische Dimension des Auslegers verkennen.

Diese wird offenbar, «wenn sich die besondere Konkretion der Auslegung im Sinne der Exakten Textinterpretation gern auf das beruft, was ‚dasteht‘». Nämlich «ist das, was zunächst ‚dasteht‘, nichts anderes als die selbstverständliche, undiskutierte Vormeinung des Auslegers, die notwendig in jedem Auslegungsansatz liegt als das, was mit Auslegung überhaupt schon ‚gesetzt‘, das heißt in Vorhabe, Vorsicht, Vorgriff vorgegeben ist»⁶.

So handelt es sich um ein «vorausgesetzte[s] Verständnis», das «in der gemeinen Menschen- und Weltkenntnis sich bewegt»⁷, und es «muss untersucht werden, ob das als Vor-Struktur des Verstehens und qua Als-Struktur der Auslegung Sichtbare nicht schon selbst ein einheitliches Phänomen darstellt, davon zwar in der philosophischen Problematik ausgiebig Gebrauch gemacht wird, ohne dass dem so universal Gebrauchten die Ursprünglichkeit der ontologischen Explikation entsprechen will»⁸.

Erst dann wird klar sein: «Das Entscheidende ist nicht, aus dem Zirkel heraus-, sondern in ihn nach der rechten Weise hineinzukommen». Mit anderen Worten: der «Zirkel des Verstehens ist nicht ein Kreis, in dem sich eine beliebige Erkenntnisart bewegt, sondern er ist der Ausdruck der existenzialen *Vor-Struktur* des Daseins selbst». So «darf [er] nicht zu einem vitiosum und sei es auch nur zu einem geduldeten herabgezogen werden». «In ihm verbirgt sich [vielmehr] eine positive Möglichkeit ursprünglichsten Erkennens, die freilich in echter Weise nur dann ergriffen ist, wenn die Auslegung verstanden hat, dass ihre erste, ständige und letzte Aufgabe bleibt, sich jeweils Vorhabe, Vorsicht und Vorgriff nicht durch Einfälle und Volksbegriffe vorgeben zu lassen, sondern in deren Ausarbeitung aus den Sachen selbst her das wissenschaftliche Thema zu sichern»⁹.

Denn «Mathematik ist nicht strenger als Historie, sondern nur enger hinsichtlich des Umkreises der für sie relevanten existenzialen Fundamente»¹⁰.

³ «In ihr [in der Auslegung] eignet sich das Verstehen sein Verstandes verstehend zu»: so HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, a.a.O., S.148.

⁴ HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, a.a.O., S.152 f.

⁵ HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, a.a.O., S.153 (Hervorhebungen vom Verf.).

⁶ HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, a.a.O., S.150.

⁷ HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, a.a.O., S.152 (Hervorhebungen stammen von uns).

⁸ HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, a.a.O., S.151.

⁹ HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, a.a.O., S.153 (Hervorhebungen vom Verf.).

¹⁰ HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, a.a.O., S.153.



Letztlich nimmt das «vorausgesetzte Verständnis», das sich «in der gemeinen Menschen- und Weltkenntnis [...] bewegt», im durch Heidegger vorgebrachten System «einen ontologisch positiven Sinn» an¹¹, der infolgedessen durch Gadamer dort ausdrücklich geteilt werden wird, wo behauptet wird, dass «der Ausleger nicht geradezu, aus der in ihm bereiten Vormeinung lebend, auf den Text zugeht, vielmehr die in ihm lebenden Vormeinungen ausdrücklich auf ihre Legitimation, und das ist, auf Herkunft und Geltung prüft». Mit anderen Worten: «er wirft sich einen Sinn des Ganzen voraus» und überprüft und erneuert den Text, indem er sich mit ihm dem «Anstoß» und der «Beirung durch Vor-Meinungen [...], die sich nicht an den Sachen selbst bewähren», aussetzt¹².

Also: «es sind die undurchschauten Vorurteile, deren Herrschaft uns gegen die in der Überlieferung sprechende Sache taub macht»¹³; «ein hermeneutisch geschultes Bewusstsein [...] setzt [...] weder sachliche 'Neutralität' noch gar Selbstausslöschung voraus, sondern schließt die abhebende Aneignung der eigenen Vormeinungen und Vorurteile ein»¹⁴.

Denn: «erst solche Anerkennung der wesenhaften Vorurteilhaftigkeit alles Verstehens schärft das hermeneutische Problem zu seiner wirklichen Spitze zu»¹⁵: «Vorurteil» heißt also durchaus nicht notwendig falsches Urteil. In seinem Begriff liegt, dass es positiv und negativ gewertet werden kann»¹⁶.

In der phänomenologischen und existenzialistischen Perspektive Heideggers¹⁷, welche in der hermeneutischen Ontologie Gadamers präzisiert und überarbeitet wird, wird die Möglichkeit einer privilegierten Form des Wissens vollständig definiert. Diese gilt es natürlich zu verifizieren und sie hätte damit eine hauptsächlich heuristische Funktion, doch wäre sie, sofern sie überprüft würde, durch die Unmittelbarkeit der Beziehung zum Objekt des Wissens gekennzeichnet, da selbige Möglichkeit jeglicher analytischen Betrachtungsweise vorausgehen würde. Aus diesen Gründen zeichnen sich für sie dieselben Merkmale ab, die im Gedankengut Bergsons, das auch den Philosophen der Phänomenologie bekannt ist, der Intuition zugeschrieben wird: «Wir bezeichnen hier auch als Intuition die *Sympathie*, durch die man sich in das Innere eines Gegenstandes versetzt, um mit dem, was er Einzigartiges und infolgedessen Unaussprechliches an sich hat, zu koinzidieren. Dagegen ist die Analyse die Operation, die den Gegenstand auf schon bekannte Elemente zurückführt, d. h. auf

¹¹ So GADAMER, *Wahrheit und Methode*, a.a.O., S.271.

¹² GADAMER, *Wahrheit und Methode*, a.a.O., S.271-272. Die Unmöglichkeit des Ideals «einer Erfassung der Vorhandenen» im Bereich der historischen Wissenschaften, was für die Naturwissenschaften typisch ist, scheint auch implizit in der wechselseitigen Interaktion zwischen historischer Tatsache und juristischer Bewertung bestätigt zu werden, die bei ENGISCH, *Studien zur Gesetzesanwendung* (1943), 3. Aufl., Heidelberg 1963, S.57 ff., *passim* vermutet wird.

¹³ GADAMER, *Wahrheit und Methode*, a.a.O., S.274.

¹⁴ GADAMER, *Wahrheit und Methode*, a.a.O., S.273-274.

¹⁵ GADAMER, *Wahrheit und Methode*, a.a.O., S.274.

¹⁶ GADAMER, *Wahrheit und Methode*, a.a.O., S.274.

¹⁷ Auf seinem Lebens- und Denkweg entfernt sich Heidegger vom Neokantismus Rickerts, seinem ersten Lehrmeister, um näher auf die Phänomenologie Husserls einzugehen – welcher mittlerweile einen Ruf nach Freiburg bekommen hatte, um den Lehrstuhl Rickerts zu übernehmen –, die wiederum in absolut origineller Form überwunden war und normalerweise als Existenzialismus bezeichnet wurde, den jedoch Heidegger selbst ablehnte, vgl. VATTIMO, *Introduzione a Heidegger*, Roma - Bari 2002, S.3 ff., 15 ff.



Elemente, die dieser Gegenstand mit anderen gemeinsam hat. Analysieren besteht also darin, eine Sache als Funktion von dem, was nicht sie selbst ist, auszudrücken»¹⁸.

2. Anhand der sehr hohen soziokulturellen Bedeutung der Werte, die durch die Androhung von rechtlichen Strafmaßnahmen geschützt (und die durch deren Anwendung verletzt) werden, scheint es wahrscheinlich zu vermuten, dass die Intuition des Auslegers von strafrechtlichen Normen auch von der im geschichtlich-sozialen Kontext weitgehenden Billigung einer ethischen Ordnung bestimmt sein kann.

An dieser Stelle gewinnt das von Erich Fromm formulierte «religiöse Bedürfnis» als eines der grundlegenden Bedürfnisse des Menschen an Bedeutung¹⁹.

Wenn Fromm jedoch «den Begriff ‘religiös’ verwendet, «bezeichnet er weder ein System, das notwendigerweise mit einem Gottesbegriff oder mit Idolen operiert, noch gar ein System, das den Anspruch erhebt, eine Religion zu sein, sondern *jedes von einer Gruppe geteilte System des Denkens und Handelns, das dem einzelnen einen Rahmen der Orientierung und ein Objekt der Verehrung bietet*»²⁰.

Fromm versteht die Menschen «als ‘Missgeburt’ der Natur – zwar aufgrund unserer Existenzbedingungen Teil der Natur, aber dank unserer Vernunft diese transzendierend – haben wir unser existentielles Problem zu lösen versucht, indem wir die messianische Vision der Harmonie zwischen Menschheit und Natur aufgaben»²¹. Daraus folgt «die *ständig abnehmende Determinierung des Verhaltens durch Instinkte*», doch «da die Spezies Mensch kaum von Instinkten motiviert ist, die ihr sagen, wie sie zu handeln hat, [...] brauchte sie einen *Orientierungsrahmen* und ein *Objekt der Verehrung*, um überleben zu können»²².

In dieser unabdingbaren Notwendigkeit könnte jegliche grundlegende ethische Ordnung ihren Ursprung haben, also auch die Strafrechtsordnung, sofern sie der Positivierung von grundlegenden Verhaltensregeln entspricht. Wenn dem so ist, dann handelt es sich beim Verbrechen nicht nur um den Verstoß gegen das Strafgesetz, sondern um einen Vorfall, der Gefahr läuft, den grundlegenden “Orientierungsrahmen” der einzelnen Bürger zu gefährden und somit Angst, Unbehagen und allgemeine Beunruhigung zu schüren: der Orientierungsrahmen ist somit in seiner ganzen Wirksamkeit wiederherzustellen.

In psychoanalytischer Hinsicht handelt es sich bei der Angst um einen Zustand erhöhter Aufmerksamkeit (Hypervigilanz), die durch die Wahrnehmung einer Gefahr hervorgerufen wird und ein beachtliches neurovegetatives Ungleichgewicht impliziert.

¹⁸ BERGSON, *Denken und schöpferisches Werden. Aufsätze und Vorträge* (1946), Übersetzung von L. Kottje. Frankfurt a. M. 1985, S.183 (Hervorhebungen vom Verf.). Der Erfolg des “Bergsonismus” in Deutschland war verhältnismäßig gering, wenn man ihn mit dem Erfolg vergleicht, den der französische Philosoph in zahlreichen kulturellen, literarischen und künstlerischen Bereichen im Rest von Europa hatte; trotzdem gab es eindeutige und ausdrückliche Würdigungen im Bereich der Phänomenologie insbesondere seitens Scheler und Heidegger: vgl. PESSINA, *Introduzione a Bergson* (1994), 2. Aufl., Roma-Bari 2003, S.95 Fußnote 8.

¹⁹ FROMM, *Haben oder Sein. Die seelischen Grundlagen einer neuen Gesellschaft* (1976), Stuttgart 1977, S.163 ff. 164; DERS., *Wege aus einer kranken Gesellschaft. Eine sozialpsychologische Untersuchung* (1955), Stuttgart 1980, S.30 ff., 60 ff.

²⁰ FROMM, *Haben oder Sein*, a.a.O., S.163 (Hervorhebungen vom Verf.).

²¹ FROMM, *Haben oder Sein*, a.a.O., S.16; DERS., *Wege aus einer kranken Gesellschaft*, a.a.O., S.28 ff.

²² FROMM, *Haben oder Sein*, a.a.O., S.165 f. (Hervorhebungen vom Verf.).



Letzteres wird dem Betreffenden zum Beispiel im Falle von großen und bevorstehenden Gefahren durch eine schnellere Atmung sowie einen schnelleren Herzschlag bewusst, einem physiologischen Ausdruck der Vorbereitung auf die Reaktion in Form von Flucht oder Angriff²³.

In den Bezugsmodellen der klassischen Psychologie stammt die Gefahr, welche wiederum Angst erzeugt, von bestimmten, durch das Es erzeugten Impulse. Letztere werden jedoch durch das Ich oder Über-Ich aufgrund der Unmöglichkeit ihrer Befriedigung – jeweils wirklicher oder moralischer Art - zensiert²⁴.

Die dynamische moderne Psychologie bezieht sich hingegen auf ein Gefühl der chronischen Unsicherheit, das durch das fragile Ich desjenigen hervorgerufen wird, der diese auf sich oder seinen Körper oder auf äußere Situationen konzentriert, die für die Gefahrenquelle gehalten werden²⁵: Bei Letzteren handelt es sich um die intrapsychischen Begriffe, die die Erfahrung des Erwerbs von Meldungen hinsichtlich von Straftaten beinhalten.

In jedem Fall folgt daraus natürlich eine Situation des Unwohlseins und des Unbehagens, die unbedingt überwunden werden sollte. Zu diesem Zweck werden bewusste und rationale Prozesse der Analyse und Akzeptanz eingeleitet, welche jedoch aufgrund individueller Einschränkungen momentaner oder struktureller Art oder auch aufgrund der objektiven Unmöglichkeit die äußere Gefahrenquelle zu kontrollieren, nicht immer verfügbar sind.

In diesem Fall werden unbewusste Mechanismen zur Lösung der Ängste – oder Verteidigungsmechanismen des Ichs – aktiviert, welche in der Psychoanalyse Freuds ausführlich ausgearbeitet wurden.

Wenn es unmöglich ist, einen kriminellen Straftatbestand zu erklären oder aber die Erklärung dazu noch nicht verfügbar ist, da Ermittlungen und Verfahren noch nicht abgeschlossen sind, wird die Angst vor dieser kriminellen Handlung mit der «Rationalisierung» gelöst²⁶.

Es handelt sich hierbei um einen Mechanismus des Selbstbetrugs, mittels dessen die die Angst hervorrufende Gefahr auf eine kontrollierbare Ebene herunterdekliniert wird. Dies ermöglicht die Annahme – und eventuell die Umsetzung – von Reaktions- oder Präventionsstrategien: sofern es sich dabei um angemessene Strategien handelt folgt daraus auch die Lösung der jeweiligen Ängste und Angstzustände.

Wenn die Straftat die Quelle der Angst ist und das zum Opfer gemacht werden die gefürchtete Gefahr darstellt, so vermutet, simuliert und bestätigt letztendlich der Mechanismus des Selbstbetrugs der Rationalisierung²⁷ eine Erklärung hinsichtlich des Verhaltens des Täters, wobei insbesondere ein Entscheidungsprozess erarbeitet wird, der auch Faktoren verschleiern könnte, die die Entscheidung des Täters bestimmt haben oder zumindest maßgeblich dazu beigetragen haben.

²³ JERVIS, *Psicologia dinamica*, Bologna 2001, S.151.

²⁴ A. FREUD, *Das Ich und die Abwehrmechanismen* (1936), München 1967, S.9 ff., 34 ff.

²⁵ JERVIS, *Psicologia dinamica*, a.a.O., S.152.

²⁶ Es handelt sich hierbei um einen der Verteidigungsmechanismus des Ichs, dessen Ausarbeitung einstimmig JONES, *Rationalisation in every-day life*, in *The Journal of Abnormal Psychology* 1908, S.161 ff., 166 zugeschrieben wird.

²⁷ JERVIS, *Psicologia dinamica*, a.a.O., S.156.



Die Rationalisierung führt notwendigerweise dazu, alle Faktoren, seien sie nun sozialer oder intrapsychischer Art, zu vernachlässigen, welche eine angemessene Strategie zur Vorbeugung analoger Taten zu komplex und nicht unmittelbar praktikierbar gestalten würden und somit der Vorbeugung der Tatsache, dass derjenige zum Opfer gemacht wird, der mit einem Gefühl der Angst die Meldung der begangenen Straftat erlebt: die Rationalisierung schließt zum Beispiel notwendigerweise die unbewussten Faktoren²⁸ aus, sowie die genetischen, neurologischen oder neurochemischen Faktoren, die nicht durch den Willen kontrolliert werden können, da sie einer unmittelbar umsetzbaren Präventionsstrategie nicht zweckdienlich sind. Hierbei handelt es sich um Faktoren, über die jüngst die Neurowissenschaften Vermutungen anstellten und nun offenkundig auch von einem Teil der Rechtsprechung geteilt werden²⁹.

2.1. Jedwede Art der Vertiefung und Analyse dessen, was vorgefallen ist, stellt eine Gelegenheit der Rationalisierung dar, die der Aufhebung der Ängste dient, welche aufgrund der Straftat entstanden sind.

Dies könnte die Einschaltquoten in den Fernsehprogrammen mit Infotainments, Reportagen und Talkshows über Aufsehen erregende Gewaltkriminalität und Raubtaten erklären³⁰.

Doch der Strafprozess, der zwar gemäß strengen Kriterien geführt wird, welche wahrheitsgetreue Ergebnisse gewährleisten müssten, wird zu einer Rekonstruktion von Ursachen, Gründen, Motiven sowie der Art wie die Straftat durchgeführt wurde und somit, in psychodynamischer Hinsicht, zur Gelegenheit einer Rationalisierung.

Dennoch stellt der Strafprozess im Unterschied zu anderen Arten der Vertiefung und der Analyse die notwendige Voraussetzung für die Anwendung der Strafe dar. In dieser Hinsicht herrscht die Meinung - welche auf das aus der Aufklärung stammende und von Bentham vertretene und durch Beccaria geteilte Ideal der Berechnung der Nützlichkeit zurückgeht -, dass die Strafe ausreicht, den Täter sowie andere Bürger von analogen Verhaltensweisen abzuhalten.

Die Anwendung der Strafe wird somit als angemessenes Instrument zur wirksamen Straftatenprävention angesehen.

Identifizierung und Verurteilung des Schuldigen sowie Anwendung und Ausführung der Strafe werden somit nützliche Instrumentarien, um demjenigen, der mitunter auch mit großem Unbehagen die Meldungen hinsichtlich der begangenen Straftat erlebte, wieder zum Wohlergehen zu verhelfen.

Hinsichtlich der Meldungen über Gewaltkriminalität sowie innerhalb der Familie begangener krimineller Handlungen - wobei die Einschaltquoten dazu führen, dass die Be-

²⁸ Dies geht im Rahmen einer Ermittlung über den epistemologischen Status der Psychoanalyse und unter Bezugnahme auf die Beiträge von Jones hervor, GRÜNBAUM, *Die Grundlagen der Psychoanalyse. Eine philosophische Kritik* (1984), Dirzingen 1988, S.96 ff.

²⁹ Corte d'assise d'appello Trieste, Urteil vom 1. Oktober 2009 Nr.5; Giudice per le indagini preliminari Como, Urteil vom 20. Mai 2011 Nr. 536.

³⁰ An dieser Stelle erlaube ich mir auf unser Werk SCHIAFFO, *Le minime ragioni della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, in *Crit. dir.* 2010, S.127 ff., 130 ff. zu verweisen.



treiber so viele Sendungen wie möglich anbieten - wird deutlich, dass die davon ausgehende Angst groß und anhaltend und die Lösung mittels der Identifizierung und Verurteilung des Schuldigen dringlich werden kann.

Für die einzelnen Bürger wird das Warten auf den Prozessausgang – bezüglich dessen die Erwartungen oft enttäuscht werden - unerträglich und manchmal sinnlos. Häufig nehmen in diesen Fällen die Debatten des Medienprozesses ihren Raum ein.

Für den Vertreter des Rechts gestaltet sich hingegen die Gleichgültigkeit der eigenen unvermeidbaren Vorurteile gegenüber der Rationalisierung, beziehungsweise gegenüber der Notwendigkeit der Vermutung einer Verurteilung als schwierig.

3. Ungeachtet der emotiven Notwendigkeit von “Rationalisierung” und Bewusstsein, stellen Prüfung oder Falsifikation eines jeden Vorurteils dennoch für die Ausleger des Strafrechts, gebunden an das Prinzip der Legalität (Art.25 Abs.2 it. Verf.) und «nur dem Gesetz verpflichtet» (Art.101 Abs. 2 it. Verf.) grundlegende Pflichten dar.

Eine rein intuitive und emotionale – und in jedem Fall irrationale – Darstellung der Geltungsoptionen, welche in der historischen und sozialen Gegebenheit oder genauer in einer juristisch relevanten Gegebenheit verwurzelt sind, würde tatsächlich den katastrophalen Effekt der Entlegitimierung von jeder wissenschaftlichen Ausgestaltung implizieren, welche gemäß logisch-konzeptionellen Analysen eingeführt worden sind.

Es handelt sich andererseits um emotionale Darstellungen, die nur vertretbar wären, wenn sich die Beiträge der Sozialpsychologie und der Kommunikationssoziologie über die Bildung und Darstellung des Konsenses als irrelevant erweisen würden.

Bevor sie das Vorverständnis des Rechtsinterpreten verändern, zeigen die makrosozialen Auswirkungen des “religiösen Bedürfnisses” und die Möglichkeit, in großem Rahmen und ohne jeglichen realen Grund die dringende Notwendigkeit seiner Befriedigung hervorzurufen, in der Tat wie die Massenkommunikationsmittel die Wahrnehmung der Realität auf der Seite der Öffentlichkeit³¹ ändern können bis hin zu einem Modifizieren der kognitiven Umweltkarten³² und dem Erschaffen einer «zweiten Realität»³³ oder eine «ver-

³¹ Für den Wendepunkt von den Theorien über die sozial beschränkten Auswirkungen der Medien zu den Theorien über die Langzeitauswirkung scheint der Standpunkt stellvertretend, wonach «das reale Problem die Gesamtauswirkung des Fernsehens [ist], also das, was es mit jungen Menschen nach sechs Jahren, nicht nach sechs Minuten macht»: LAZARFELD, *Why is so little known about the effects of television on children and what can be done? Testimony before the Kefauver Committee on juvenile delinquency*, in *The Public Opinion Quarterly* 1955, S.243 ff., 246; Cheli meint, dass unter den innovativen Hauptaspekten der Theorien über die Langzeitauswirkungen «die Verallgemeinerungen der Hypothese der Medien als sozialisierende Wirkungskräfte vom kindlichen Publikum bis zur gesamten Zuhörerschaft» berücksichtigt werden muss: CHELI, *La realtà mediata. L'influenza dei mass media tra persuasione e costruzione sociale della realtà*, Milano 1992, S.106. Für eine schematische und ergebnisreiche Darstellung der Studien zu den sozialen Auswirkungen der Medien vgl. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2006, S.467 ff., 476 ff.

³² Ihre Erlangung geht zurück auf TOLMAN, *Cognitive maps in rats and men*, in *The Psychological Review* 1948, S.189 ff., nach dem «das Erlernen nicht in Reiz-Reaktion-Verbindungen besteht, sondern in dem Aufbauen von Strukturen im Nervensystem, die wie kognitive Pläne oder Karten funktionieren» und mehr oder weniger umfangreich sind (S.193). Das heißt, dass «die Reize von außen im zentralen Kontrollbereich wie eine provisorische Umweltkarte von kognitiver Art verarbeitet werden» und dass «diese provisorischen Karten, indem sie den Weg, die Richtung und die Umweltverhältnisse anzeigt, die Reaktion festlegt» (S.192).



mittelten Realität»³⁴, in der vor allem Zeit und Raum Dimensionen annehmen, die sich stark von den realen unterscheiden³⁵.

3.1. Die Berücksichtigung der ökonomischen, finanziellen und medienwirksamen Strukturen des globalen Dorfs wird also unabdingbar³⁶. Es wird demnach möglich, die Bildung einer Sensibilität und einer (Selbst)Darstellung oder eines gemeinsamen Bewusstseins von einer rein emotionalen Wahrnehmung einer irrealen, beinahe metaphysischen Entität (Wesen) zu befreien, welche beispielsweise mit Begriffen des Zeitgeists gestaltet werden kann und welche darum offensichtlich ihren Ursprung in den wesentlichen kulturellen Merkmalen des Romantizismus hat³⁷.

Daraus ergibt sich demnach eindeutig die Möglichkeit entstehen, die bestehenden Wertoptionen in der historischen und sozialen Gegebenheit zu manipulieren.

Diese postuliert jedoch nicht notwendigerweise eine oligarchische Struktur der sozialen Akteure – Unternehmer in den Massenmedien oder Meinungsführer –, die bereit sind, die Verwendung der besseren Orientierungstechniken des Konsenses zu organisieren und zu verwalten³⁸.

Gemäß den Annahmen der Sozialpsychologie im Rahmen des *Behaviorismus* von Watson³⁹ und des Symbolischen Interaktionismus von Mead⁴⁰, fördert auch die einfache Darstellung zuvor willkürlich festgesetzter Wertoptionen eben dieselben und trägt damit zu ihrer Reproduktion und Verfestigung bei.

³³ So LUHMANN, *Die Realität der Massenmedien* (1996), 4. Aufl., Wiesbaden 2009, S.67.

³⁴ In diesem Zusammenhang CHELI, *La realtà mediata*, a.a.O., S.124 ff.

³⁵ Insbesondere in der eigentümlichen Dimension von Raum und Zeit findet das globale Dorf seine wesentliche Besonderheit in der Definition von di Marshall McLuhan: «Der elektronische Schaltkreis hat die Herrschaft von 'Raum' und 'Zeit' beseitigt und überflutet uns unmittelbar und pausenlos mit den Sorgen aller anderen Menschen. Er hat den Dialog wiederhergestellt und zwar im globalen Maßstab», MCLUHAN - FIORE, *Das Medium ist die Massage* (1967), Stuttgart 2011, S.16.

³⁶ Zu den Problemen bezüglich dem Verhältnis zwischen den Massenkommunikationsmitteln und der Macht vgl. mit, MCQUAIL, *Mass communication theory. An introduction* (1983), 3. Aufl., London 1994, S.61 ff.

³⁷ Insbesondere die Beschaffenheit eines Zeitgeists als Synthese von größtenteils geteilten Bewertungen, Interessen und Darstellungen in einem festgelegten historischen und sozialen Kontext scheint mit den Merkmalen des Romantizismus zu brechen, welche auf den Hegelianismus zurückgehen und wirksam mit Titanismus-Begriffen dargestellt werden, d.h. mit dem Bild Prometheus als Symbol der Unduldsamkeit gegenüber all dem, was zu Ende, begrenzt ist und daher ungeeignet für das Streben nach der Unendlichkeit, die die romantische Kultur gekennzeichnet hatte: vgl. dazu ABBAGNANO, *Storia della filosofia*, Bd.V, *La filosofia del romanticismo*, Torino 1995, S.27 f.

³⁸ Vgl. PALIERO, *Diritto penale e consenso sociale*, in CENTRO DI STUDI GIURIDICI E SOCIALI CESARE TERRANOVA (Hrsg.), *Verso un nuovo codice penale. Itinerari problemi prospettive*, Milano 1993, S.167 ff., 172 ff. Zur Hypothese politischer Strategien für die Zentralität der Angst, CORNELLI, *Paura e ordine nella modernità*, Milano 2008, S.169 ff.

³⁹ «Ich möchte noch einen Schritt weiter gehen und sagen: "Geben Sie mir ein Dutzend gesunder Kinder, wohlgebildet, und meine eigene besondere Welt, in der ich blindlings eines davon auswähle und es zum Vertreter irgendeines Berufs erziehe, sei es Arzt, Richter, Künstler, Kaufmann, oder Bettler, Dieb, ohne Rücksicht auf seine Talente, Neigungen, Fähigkeiten, Anlagen, Rasse oder Verfahren"»: WATSON, *Der Behaviorismus* (1924), Berlin – Leipzig 1930, S.134 f.

⁴⁰ MEAD, *Geist, Identität und Gesellschaft aus der Sicht des Sozialbehaviorismus* (1934), Frankfurt a. M. 1973, S.194 ff.



Insbesondere in einer offensichtlich von Freud hergeleiteten Perspektive werden die Definition und Darstellung der kulturellen weitestgehend vorherrschenden Optionen in einem bestimmten sozialen Kontext zu kollektiven Erwartungen an das konforme Verhalten des Einzelnen.

Darstellung und Definitionen der kulturellen weitestgehend vorherrschenden Optionen tragen in der Tat dazu bei, das individuelle Super-Ich zu bilden und können daher nach den Annahmen der dynamischen Psychologie zu dem Parameter werden, der soziale Ängste erzeugt⁴¹.

Um das individuelle psychisch-physische Gleichgewicht wiederherzustellen, müssten diese in vollem Bewusstsein konfrontiert und damit auch bewertet, akzeptiert und in gewisser Hinsicht überwunden werden. Dagegen wird deutlich, dass, um die Angst zu überwinden, eine irrationale Lösung viel leichter, unmittelbarer und daher auch wahrscheinlicher ist. Die dynamische Psychologie stellt diese mit Modellen der Imitation oder Identifizierung, bzw. mit einer Anpassung der eigenen Persönlichkeit und des eigenen Verhaltens an die Erwartungen anderer⁴².

Derjenige, der in der Massenkommunikation arbeitet, könnte bereits in der Auswahl der darzustellenden Werteooptionen und kulturellen Orientierungen durchaus den redaktionellen Ausrichtungen ausgesetzt sein, die er selbst nicht teilt, und diese ihrerseits könnten durch die mehr oder weniger willkürliche Auswahl des Produzenten festgelegt worden sein.

Oft ist die Auswirkung der politisch-kulturellen Orientierung des Produzenten auf die Formen und Inhalte der Massenmedien jedoch nicht so direkt und bedarf in jedem Fall spezifischer und detaillierter Untersuchungen.

Denn auch der Produzent bemerkt die Erfordernisse des Markts, in dem er beschlossenen hat sich zu positionieren, und bewertet sie vor allem in Abwesenheit von jeglichem staatlichen Beitrag zur Finanzierung der Herausgabe – was offensichtlich dazu dient, eine größere Effektivität des Rechts auf freie Meinungsäußerung zu garantieren! – mittels der Erhebungen von Zuhörer- und Leserschaft. Diese sind trotzdem keine Kriterien für die Bewertung des Endprodukts der Massenkommunikation. Vielmehr sind die Erhebungen der Rezipienten ein «wesentliches Element für die Planung der Werbepositionen»⁴³ und damit für die Festlegung der entsprechenden Preise⁴⁴ bzw. des lohnenswerten Ertrags desjenigen, der in die Massenkommunikation investiert.

⁴¹ Vgl. oben Abschnitt 2.

⁴² Zur Identifizierung als Verteidigungsmechanismus vgl. JERVIS, *Psicologia dinamica*, a.a.O., S.158 ff.

⁴³ So auf der Webseite Auditel: www.auditel.it.

⁴⁴ Die Erhebung des Publikums ist trotzdem nicht das einzige Kriterium für die Festlegung der Werbekosten: In der Serie von Spots innerhalb der Werbeunterbrechung erweisen sich tatsächlich die Werbepositionen am Anfang und am Ende der Pause als teurer aufgrund der Tatsache, dass die Möglichkeit, sich an die Spots zu erinnern, eine nur rückwirkende Interferenz (Primäreffekt) oder proaktive Interferenz (Rezenzeffekt) im Hinblick auf die anderen Spots der Serie erfährt; diese Werbepositionen erweisen sich als dem sog. Zapping-Effekt weniger ausgesetzt; dennoch ist der erste Spot der Serie beliebter als der letzte, da er noch von der hohen Aufmerksamkeit profitiert, die der Zuschauer dem durch die Werbepause unterbrochenen Fernsehprogramm gewidmet hat: vgl. hierzu PIETERS - BIJMOLT, *Consumer memory for television Advertising: a field study of duration, serial position, and competition effects*, in *Journal of Consumer Research* 1997, S.362 ff.; allgemeiner zu den Bedingungen der Aufmerksamkeit aufseiten des Zuschauers während der Werbeunterbrechung LYNCH - STIPP, *Examination of qualitative viewing factors for optimal advertising strategies*, in *Journal of Advertising Research* 1999, S.7 ff., 11 ff.



Wenn das journalistische Verlagswesen und die Fernsehindustrie tatsächlich Information, Filmvorstellungen und andere Unterhaltungsmöglichkeiten produzieren und sich an den Leser- und Zuschauermarkt richten, dann sind Leser und Zuschauer nur ein Zwischenprodukt im betreffenden Produktionskreis.

In den wesentlichen Marketingstrategien der Massenkommunikation ist die Behauptung eines Leser- und Zuschauermarkts funktional zur Behauptung eines Markts der Veröffentlichlicher. In diesem Bereich wird das verkaufte Produkt durch die Qualität der Werbepositionen repräsentiert, welche mit der Produktion von Information, Filmvorstellung und Unterhaltung mit hoher Einschaltquote geschaffen worden sind⁴⁵.

3.2. Die gleichen Marketingerfordernisse haben zu Studien über soziale Effekte der Medien ermutigt, welche begonnen haben sich in den ersten Jahrzehnten des 20. Jh. zu entwickeln. Diese sind von denselben Unternehmern der Massenkommunikation⁴⁶ in Auftrag gegeben worden und lösten sich dann in reinen *Feedback*-Erhebungen auf: das Ziel der Forscher war die Bewertung der unmittelbar überzeugenden Wirkung der Werbenachricht auf das Verhalten und die kommerziellen Entscheidungen des Publikums.

Das wesentliche Postulat wurde in der Annahme dargestellt, das menschliche Verhalten sei Ergebnis angeborener und von allen Individuen mit wenig Variablen geteilten Instinkte. Es handelt sich um die Theorien aus dem Psychologie-Bereich des Instinktualismus von William McDougall⁴⁷, dessen grundlegendes Werk 1908 in England veröffentlicht

⁴⁵ Allgemein zum Thema TESTA, *La pubblicità. Suscitare emozioni per accendere desideri*, Bologna 2004, S.76 f. Sei es auch nur im notwendigerweise begrenzten Bezug auf die Presse zeigt sich das System bereits klar definiert in den Studien von LIPPMANN, *Public Opinion* (1922), Mineola (N.Y.) 2004, S.175, welcher die implizite, aber verbreitete Erwartung desjenigen kritisiert, der die Information als natürlich und gratis betrachtet: «Die Information muss natürlich, also gratis kommen, wenn nicht aus dem Herzen des Bürgers, so doch gratis aus der Zeitung. Der Bürger wird für sein Telefon, sein Bahnticket, sein Auto, seine Unterhaltung bezahlen. Aber er bezahlt nicht offen für seine Nachrichten. Er wird jedoch ansehnlich für das Privileg bezahlen jemanden über ihn werben zu lassen. Und er wird indirekt für die Werbung anderer Personen bezahlen, weil diese Zahlung im Preis der Massengüter verborgen und Teil einer unsichtbaren Lebensumwelt ist, die er nicht wirklich begreift».

⁴⁶ Bereits KATZ - LAZARFELD, *Personal influence. The Part Played by People in the Flow of Mass Communications*, New York (New York) 1964, S.18 f. schreiben: «es kann sicher gesagt werden, dass diese Forschungssponsoren –, deren Ziele der Massenmedienforschung zugrunde liegen – im Großen und Ganzen nur einer Art von Wirkungseffekt ihre ausschließliche Aufmerksamkeit gewidmet haben. Wir behaupten, dass das übergeordnete Interesse der Massenmedienforschung in der Studie über die Wirksamkeit sich auf die Versuche der Massenmedien konzentriert, regelmäßig zu beeinflussen und Meinungen und Einstellungen in der sehr kurzen Zeit zu ändern».

⁴⁷ «Wir können also sagen, dass direkt oder indirekt die Instinkte die ersten Motoren jeder menschlichen Aktivität sind; von der konativen oder impulsiven Kraft eines Instinkts (oder einer von einem Instinkt abstammenden Gewohnheit) wird jeder Gedankengang, erscheint er auch kalt oder ohne Leidenschaft, in zu seiner Vollendung geführt und jede körperliche Aktivität wird eingeleitet und ausgeführt. Die Impulse der Instinkte geben den Zweck jeder Handlung vor und sorgen für die Orientierungsfähigkeit, durch die alle mentalen Aktivitäten ausgeführt werden»: so MCDUGALL, *An introduction to social psychology* (1908), Mineola (New York) 2003, S.38.



worden ist – vier Jahren nach der Nobelpreisverleihung an Ivan Pavlov – und wurde in dreizehn Jahren vierzehnmal nachgedruckt⁴⁸.

Die Studien über die überzeugende Wirkung der Massenmedien wurden für die Orientierung der Aggregation von Zustimmungen und vor allem von der Masse bei verbreiteten sozialen Konflikten in den ersten Jahren des Jh. und in den Jahren zwischen den beiden Weltkriegen benutzt, um die Medien in großem Umfang als maßgebliche Instrumente zunächst für die Propaganda der totalitären Regime und dann für die Kriegsstrategien des Zweiten Weltkriegs zu nutzen.

In dieser Hinsicht wurde das instinktualistische Postulat der Studien über die Wirkung der Massenmedien auf die Konsumententscheidungen des Publikums auf die Masse angewendet, die als uniforme Anhäufung von Personen betrachtet wurde, welche im Wesentlichen gleich, anonym, ignorant und leicht beeinflussbar waren durch die Übertragung von Nachrichten in auf die Dimensionen angepassten Maßstab. Es schloss sich schließlich an die Postulate der Massenpsychologie an, welche theoretisiert wurde unter anderen von Tarde und Le Bon und in Italien von Scipio Sighele als Schüler von Ferri und Lombroso⁴⁹.

Die überzeugende Wirkung der Massenmedien schien jedoch recht bald begrenzt höchstens auf die Verstärkung von vorherigen Orientierungen⁵⁰.

Dagegen wurde weithin die Schlussfolgerung desjenigen geteilt, der sich mit der Rolle der Presse beschäftigt und behauptet hat: «meistens kann die Presse es nicht schaffen den Personen zu erzählen, was sie denken sollen, sondern ist überraschenderweise in der Lage den Lesern zu sagen, worüber sie nachdenken sollen»⁵¹.

Schon bald wurde die Schlussfolgerung generell auf die Massenmedien bezogen. Diese wurden erneut als ein Vehikel betrachtet, «vor allem von *Informationen*, gegen die sich das Publikum nicht schützt, wie es indessen gegenüber offener Überzeugungsversuchen macht»⁵².

Studien und Forschungen hatten sich währenddessen auf die Wirkungen jener Informationen konzentriert, welche sich dank des Mediums Fernsehen immer zahlreicher häuften und verbreiteten.

⁴⁸ Vgl. dazu CHELI, *La realtà mediata*, a.a.O., S.42, 47.

⁴⁹ Das Interesse der totalitären Regime für die Definition kollektiver psychologischer Profile und der brauchbaren Mittel, um diese Profile zu ändern oder Verhalten auszurichten, findet zahlreiche Entsprechungen in der Geschichte der Psychologie. Dafür sind exemplarisch die entsprechenden Ereignisse in der Leitung der deutschen “Allgemeinen Ärztlichen Gesellschaft für Psychotherapie” (die 1933 an Jung - Theoretiker des kollektiven Unbewusstseins, welches vor dem individuellen existiert – nach den Rücktritten von Kretschmer und all den anderen jüdischen Mitgliedern übergeben wurde) und jene der Korrespondenz zwischen dem Theoretiker der Massenpsychologie Le Bon und Mussolini (der geantwortet hatte, bereits die Bücher gelesen und geschätzt zu haben, welche ihm der französische Psychologe geschickt hatte): dazu vgl. SMITH, *The Fontana history of the human sciences*, London 1997, S.743, 753.

⁵⁰ WOLF, *Gli effetti sociali dei media* (1992), Milano 2001, S.42. Er meint, dass die Regel der Unwirksamkeit vollendet hätte sein können in dem Sinne, dass die Medien, «wenn die vorherigen Verhaltensweisen unterstützen, [sie verstärken]; wenn sie ihnen widersprechen, [sie ändern]». NOELLE NEUMANN, *Mass media and social change in developed societies*, in KATZ - SZECSKÖ, *Mass media and social change*, London 1981, S.137 ff., 138.

⁵¹ So MCCOMBS - SHAW, *The agenda-setting function of mass media*, in *The Public Opinion Quarterly* 1972, S.176 ff., 177, die ihrerseits zitieren: COHEN, *The press and the foreign policy*, Princeton (New Jersey) 1963, S.13.

⁵² NOELLE NEUMANN, *L'influenza dei mass media*, in *Problemi dell'informazione* 1979, S.433 ff., 452 (Hervorhebungen vom Verf.).



Insbesondere wurden vor allem die Ursprünge dieser Informationen untersucht, die schon bald in der immer flächendeckenderen Verbreitung des Fernsehens identifiziert worden sind. Das Fernsehen offenbarte sich tatsächlich sofort als geeignet, um den Empfänger zu adressieren. Es erwies sich in der Tat als offensichtlich, dass das Fernsehen die selektive Wahrnehmung und die Konzentrationsfähigkeit des Zuhörers bemerkenswert einschränkte. Bis zu der Zeit war etwas Ähnliches nur mit dem Kino geschehen⁵³; dennoch war die durchschnittliche tägliche Dauer, die sich der Empfänger dem Fernsehen aussetzte und die das Fernsehen aufbringen konnte, überraschenderweise einzigartig.

Die Marktstrategien erlaubten eine flächendeckende Verbreitung sei es als Endprodukt der elektronischen Industrie, sei es als Werkzeug für die Verbreitung von Informations- und Unterhaltungsdiensten.

Mit dem Fernsehen war demnach in jenen Jahren ein neues Kommunikationssystem bekannt, welches wie nie zuvor beständig und global erschien.

Dank ihm wurde endgültig die *Agenda*-Macht der Medien anerkannt, bzw. „der wichtigste Effekt der Massenkommunikation: ihre Fähigkeit mental für uns unsere Welt zu ordnen und zu organisieren“⁵⁴.

Eine fast schon ikonographische Darstellung ihrer Betriebsbestimmungen könnte heute durch den von den Fernsehnachrichten täglich vorgeschlagenen Öffnungsindex gegeben sein⁵⁵. Seine wesentliche Wirkungsbedingung dagegen wird durch die «Neigung» des Publikums dargestellt, «von den eignen Kenntnissen das ein- oder auszuschließen, was die Medien vom eigenen Inhalt ein- oder ausschließen»⁵⁶.

Mehreren Untersuchungen nach handelt es sich dabei um eine fast unvermeidbare Neigung, die dennoch direkt proportional zur Distanz zwischen dem thematischen Bereich der einzelnen ausgestrahlten Information und der erlebten Erfahrung ihres Empfängers zunimmt⁵⁷. Insbesondere, wenn der thematische Bereich der übermittelten Information

⁵³ So NOELLE NEUMANN, *Mass media and social change in developed societies*, a.a.O., S.138 f.

⁵⁴ MCCOMBS - SHAW, *The agenda-setting function of the press*, in SHAW - MCCOMBS (Hrsg.), *The emergence of American political issues: the agenda-setting function of the press*, St. Paul - New York - Boston - Los Angeles - San Francisco 1977, S.1 ff., 5.

⁵⁵ Über die journalistische Information wurden die ersten Theorien des sogenannten *Agenda Settings* ausgearbeitet: CHELI, *La realtà mediata*, a.a.O., S.106.

⁵⁶ SHAW, *Agenda-setting and mass communication theory*, in *The Gazette: An International Journal for Mass Communication Studies* 1979, S.96 ff., 96.

⁵⁷ Das heißt, es ist ein sichere/feste Begebenheit/Fakt, wonach «die Medien eine besonders starke Wirkung haben, wenn sie Informationen außerhalb der direkten Erfahrung des Nachrichtenzuschauers oder -lesers zeigen»: so TUCHMAN, *Mass media institutions*, in SMELSER (Hrsg.), *Handbook of sociology*, Newbury Park (California) 1988, S.601 ff., 619. Er meint, dass die Idee zurückführbar sei auf Lippmann WOLF, *Gli effetti sociali dei media*, a.a.O., S.55; vgl allgemein dazu LIPPMANN, *Public Opinion*, a.a.O., S.178 ff. Eine konkrete Entsprechung der theoretischen Hypothese scheint von der Feststellung abzustammen, wonach zum Beispiel in Italien «die Angst vor der organisierten Kriminalität vielmehr in den kommunistischen Regionen als im Süden Italiens präsent ist»: so DIAMANTI, *Il commento*, in FONDAZIONE UNIPOLIS (Hrsg.), *La sicurezza in Italia. Significati, immagine e realtà, Terza indagine sulla rappresentazione sociale e mediatica della sicurezza*, durch DEMOS&PI in Zusammenarbeit mit dem OSSERVATORIO DI PAVIA MEDIA RESEARCH durchgeführte Untersuchung, hrsg. I. DIAMANTI, Bologna 2010, S.1 ff., 2.



nicht in die Raum-Zeit-Koordinaten der täglich erlebten Erfahrungen ihres Empfängers fällt, ergibt sich die höchste Auswirkung der *Agenda-Macht* der Medien⁵⁸.

Es handelt sich trotzdem um eine Realität, die durch die Medien abhängig von den jeweiligen Erfordernissen der Produktion ausgewählt worden ist. Die Medien aber produzieren Werbeplätze, die die selektive Wahrnehmung aufheben und die Konzentrationsfähigkeit denjenigen, die die Werbebotschaft empfangen, reduzieren. Diese sind demnach bestimmt zu Waren von umfangreichem Konsum oder vielmehr zu umfassenden Zielgruppen der Verbraucher: auf dem Markt der Werbetreibenden fällt ihre Bewertung dann am höchsten aus, wenn die Zuhörerschaft des Fernsehprogramms, in dem sie sich situieren, am höchsten ist: die Maximierung der Zuhörerschaft ist deshalb eine entscheidende Strategie auf dem Markt der Massenkommunikation⁵⁹.

Filmvorstellungen und Informationen im Fernsehen bevorzugen daher Argumente und Inhalte von weitverbreitetem Interesse: vor allem in dieser Hinsicht lassen sich die „große Kriminalitätsblase“ von 2007 und die diesbezüglichen makrosozialen Auswirkungen erklären.

4. Die individuellen Auswirkungen hingegen zeigen sich in den statistischen Untersuchungen zum Gefühl der Unsicherheit. Daraus geht hervor, dass ohne jegliche Überprüfung der tatsächlichen Fakten die Kriminalität in den fünf Jahren vor dem Interview von 88,2% der Befragten als angestiegen beurteilt wurde⁶⁰ und dass 43,4% der Befragten sich aus diesem Grund als «häufig besorgt» bezeichneten⁶¹.

Ein Jahr später im November 2008 stellte man die gleichen Sorgen fest und klassifizierte sie nach den bereits konsolidierten Parametern der Kommunikationswissenschaft über die Durchschnittsdauer, die die Zuschauer täglich den Fernsehprogrammen ausgesetzt sind⁶². Es ergab sich, dass gegenüber diesen 36,2 % aller Befragten, die sich als «häufig be-

⁵⁸ In dieser Hinsicht könnte die Meinung von SHAW, *Agenda-setting and mass communication theory*, a.a.O., S.101, sogar oberflächlich sein, wenn er behauptet: «in dem Verständnis der Personen der sozialen Wirklichkeit wurde viel durch die Medien verändert».

⁵⁹ Dies ist eine bereits gesicherte Tatsache der Kommunikationswissenschaft, wonach «die größeren Fernsehanstalten miteinander konkurrieren, während sie versuchen die Zuhörerschaft zu maximieren und ihr Fernsehprogramm für den Durchschnittsgeschmack ändern»: dazu TESTA, *La pubblicità*, a.a.O., S.76.

⁶⁰ Vgl. FONDAZIONE UNIPOLIS (Hrsg.), *La sicurezza in Italia. Significati, immagine e realtà, Terza indagine sulla rappresentazione sociale e mediatica della sicurezza*, a.a.O., S.15, Grafik 1.1. und 1.2.

⁶¹ Die Befragten des Interviews teilten mindestens eins der im Fragebogen aufgeführten Risiken für die körperliche Unversehrtheit (Diebstahl in der Wohnung, Diebstahl von Verkehrsmitteln, Taschendiebstahl, Angriffe und Raubüberfall): vgl. FONDAZIONE UNIPOLIS (Hrsg.), *La sicurezza in Italia. Significati, immagine e realtà, Seconda indagine sulla rappresentazione sociale e mediatica della sicurezza*, Umfrage von DEMOS&PI in Zusammenarbeit mit dem OSSERVATORIO DI PAVIA MEDIA RESEARCH, hrsg. I. DIAMANTI, Bologna 2008, S.22, Grafik 1.6.

⁶² Es geht dabei im Wesentlichen um die Unterscheidung zwischen *light* und *heavy viewers*, die nach Ausarbeitung der Kultivierungsthese über die sozialen Auswirkungen der Medien in den nachfolgenden Studien über die Kommunikationswissenschaft weitgehend geteilt wird und einstimmig Gerbner zugesprochen wird, der die tägliche Exposition bzw. Aussetzung je ein eine Dauer von weniger als zwei Stunden und eine Dauer von mehr als vier Stunden quantifiziert: GERBNER, *Living with television: the violence profile*, in *Journal of Communication* 1976, S.172 ff., 190 f.; in diesem Zusammenhang auch KANIA, *La rappresentazione televisiva del crimine e la costruzione delle realtà soggettive*, in FORTI - BERTOLINO (Hrsg.), *La televisione del crimine*, Milano 2005, S.359 ff., 376.



sorgt» um die eigene körperliche Unversehrtheit bezeichneten, diese gleiche Angabe sank ab auf 33,4% bei den Befragten, die den Fernsehübertragungen für mindestens zwei Stunden täglich ausgesetzt sind (*light viewers*), aber stieg an auf 47,7% bei den Befragten, die den Fernsehübertragungen für mehr als vier Stunden täglich ausgesetzt sind (*heavy viewers*)⁶³.

Auf Grundlage dieser Fakten wurde ein Phantombild der verängstigten Personen entwickelt, das sie beschreibt als: «einsame Personen», «die weniger nachbarschaftliche Beziehungen haben», «meistens alt und mit niedrigem Bildungsniveau», «dem Fernsehprogramm mehr als andere ausgesetzt» und von Angstgefühlen belastet, die «parallel zu den Stunden vor dem Fernseher wachsen»⁶⁴.

Es handelt sich um Situationen des Unwohlseins, die von wesentlicher Bedeutung für das individuelle psychisch-physische Wohlbefinden sind.

In anderen Zusammenhängen wurden sie explizit mit Begriffen der Angst geschildert. Für diese Menschen würde es sich dabei aber um eine Angst «zweiten Grades» handeln, um «eine sozusagen sozial und kulturell “recycelte” Angst bzw. “derivative” Angst, d.h. eine Angst, die (nachdem sie zuvor nicht nur ihre Wahrnehmung der Welt verändert hat, sondern auch ihre Erwartungen, die ihre Verhaltensentscheidungen leiten) nun ihr Verhalten bestimmt, unabhängig davon, ob eine unmittelbare Bedrohung vorhanden ist oder nicht»⁶⁵.

Dieser ist auch eine explizit pathologische Bedeutung als «Massenparanoia (oder mediatisierte Paranoia)»⁶⁶ zugeschrieben worden. Es scheint tatsächlich nicht unwahrscheinlich, dass das Konstruieren und die Darstellung einer Realität – in der die Kriminalität ausufernd, wenn nicht vorherrschend wirkt – paranoide Persönlichkeitsprofile aktivieren können.

Es würde sich jedenfalls um eine psychopathologische Bedeutung handeln, die auch den Ausleger einbeziehen könnte.

Nichtsdestotrotz hat derjenige, der – um die Standpunkte der Juristen der phänomenologischen Inspiration vorwegzunehmen – der «bloßen Stimmung» eine privilegierte Rolle in der «primären Entdeckung der Welt»⁶⁷ zugeschrieben hat, auch deutlich die «erste, schwierige und höchste Aufgabe» der Interpretation wie folgt definiert: «sich jeweils Vorhaben, Vorsicht und Vorgriff nicht durch Einfälle und Volksbegriffe vorgeben zu lassen, sondern in deren Ausarbeitung aus den Sachen selbst her das Wissenschaftliche Thema zu sichern»⁶⁸.

⁶³ Vgl. FONDAZIONE UNIPOLIS (Hrsg.), *La sicurezza in Italia. Significati, immagine e realtà, Seconda indagine sulla rappresentazione sociale e mediatica della sicurezza*, a.a.O., S.23 f., Grafik 1.8 und 1.9.

⁶⁴ DIAMANTI, *Il commento*, a.a.O., S.2; vgl. dazu auch GERBNER, *Über die Ängstlichkeit von Vielsehern*, in *Fernsehen und Bildung* 1978, S.48 ff., 53, 55; DERS., *Die “angsterregende Welt” des Vielsehers*, in *Fernsehen und Bildung* 1981, S.16 ff.

⁶⁵ So BAUMAN, *Liquid Fear*, Cambridge (UK) 2006, S.3.

⁶⁶ Da es keine anderen Begrifflichkeiten gibt, erläutert er «die Paranoia der Masse (oder die mediatisierte Paranoia)» in Bezug «auf das Ebola Virus, auf die BSE-Kuh und auf Aids» und hält die Kriminalität der Einwanderer für die «bevorzugte Paranoia» DAL LAGO, *Il pianeta dei clandestini*, in FOUCAULT, *Biopolitica e territorio. I rapporti di potere passano attraverso i corpi*, Milano 1996, S.32 ff., 40, Fußnote 8.

⁶⁷ So HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, a.a.O., S.138.

⁶⁸ HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, a.a.O., S.153.



5. Auf der anderen Seite handelt es sich hier um Gefühle des Unbehagens, die auch auf der überindividuellen und makrosozialen Ebene eine wichtige Bedeutung einnehmen.

In Betracht gezogen werden unter diesem Aspekt die politischen und sozialen Implikationen der Notwendigkeit, das religiöse Bedürfnis zu befriedigen. Einer Notwendigkeit, welche durch die mediale Darstellung der Kriminalität hervorgerufen wird, die im Verhältnis zum wirklichen Ausmaß der Problematik eine sichtlich unverhältnismäßige Konfigurierung annehmen kann.

Unter diesem Aspekt ist die im Jahr 1998 durch das *Center for Media and Public Affairs* (CMPA), einer unabhängigen, zur George Mason University (Virginia, USA)⁶⁹ gehörenden Forschungsorganisation, festgestellte Tatsache von besonderem Interesse, der zufolge zwischen 1990 1997 – trotz des Ausschließens von Meldungen, die aufgrund des Bekanntheitsgrades der Hauptakteure das besondere Interesse der Öffentlichkeit auf sich zogen – in den Hauptnetzwerken der Vereinigten Staaten ein Anstieg von 600% der Medienberichterstattungen über Mordfällen verzeichnet wurde, obwohl im selben Zeitraum ein Rückgang von etwa 20% der Mordfälle registriert werden konnte⁷⁰.

Was Italien anbelangt, scheinen die sehr viel weniger glamourösen Daten eine vollkommen andere Situation aufzuzeigen. Hierbei handelt es sich um die jüngst erhobenen Daten der “Dritten Untersuchung über die Darstellung von Sicherheit seitens der Gesellschaft und der Medien”, die Demos&PI in Zusammenarbeit mit dem *Osservatorio di Pavia Media Research* für die Stiftung UNIPOLIS durchführte.

Die Analyse der Daten im Hinblick auf die mediale Darstellung des Verbrechens zwischen 2005 und 2009 zeigt eine Entwicklung des «Phänomens der Kriminalität», das, «wobei hier ein für die Finanzmärkte typischer Begriff verwendet wird», ganz eindeutig als «große Blase der Kriminalität» dargestellt wurde⁷¹.

Der grundlegende Bezugsparameter ist ein *Trend* der Informationen, die in den Nachrichtensendungen zur Hauptsendezeit in den drei staatlichen Kanälen und den drei Mediaset-Kanälen der Kriminalität gewidmet sind. Aus diesem Informationstrend lässt sich ableiten, dass «die 2000 Nachrichteninformationen pro Halbjahr mittlerweile zur Normalität geworden sind». Und dennoch – obwohl die Kriminalitätsrate im realen Leben unverändert blieb, ging aus einer von Demos&PI in Zusammenarbeit mit dem *Osservatorio di Pavia Media Research* durchgeführten Untersuchung der Nachrichtensendungen hervor, dass im zweiten Halbjahr 2007 ein Höchstwert von etwa 3500 Nachrichteninformationen erreicht wurde. In der dazugehörigen graphischen Darstellung zeichnet sich «eine Art Glocke ab, die die Form des ersten Halbjahres 2009 vervollständigt» und die «zwischen dem Minimum

⁶⁹ Das CMPA, das eine Position in der Bewertung der Fernsehmedien hinsichtlich der Handelsziele der mittleren und großen Unternehmen einnimmt, sieht sich «seit ihrer Gründung im Jahr 1985 als einzige Institution, die das Vakuum zwischen der akademischen Forschung sowie den größeren Medienbereichen, als auch der öffentlichen Politik füllt»: www.cmpa.com.

⁷⁰ Besagte Daten wurden hinsichtlich der Fernsehsendungen von NBC, CBS und ABC von WESTFELDT - WICKER, *Indictment: the news and the criminal justice system*, Nashville (Tennessee) 1998, S.2 registriert; siehe hierzu auch ALTHEIDE, *Creating Fear. News and the construction of crisis*, Hawthorne (New York) 2002, S.21 f.

⁷¹ BARRETTA - NIZZOLI, *Le notizie relative alla criminalità: il trend in Italia e il confronto con l'Europa*, in FONDAZIONE UNIPOLIS (Hrsg.), *La sicurezza in Italia. Significati, immagine e realtà, Terza indagine sulla rappresentazione sociale e mediatica della sicurezza*, a.a.O., S.37 ff.



des zweiten Halbjahres 2006 und dem Maximum des zweiten Halbjahres 2007 einen Anstieg von 100% verzeichnet»⁷².

An dieser Stelle geht es nicht darum, ob die Auswirkungen des medialen *Kriminalitätsbooms* auf Politik und Gesellschaft geplant und willentlich betrieben wurden; von Bedeutung ist vielmehr das Ausmaß auf der Ebene der Institutionen.

In Italien folgte unmittelbar auf den medialen *Kriminalitätsboom* das vorzeitige Ende der Legislaturperiode sowie der Wechsel zwischen Opposition und Mehrheit bei den Parlamentswahlen 2008; auf die in den USA registrierte Zunahme der medialen Berichterstattung über Mordtaten um 600% folgte ein ähnliches Ergebnis bei den Präsidentschaftswahlen im Jahr 2000.

Die Wahl des Präsidentschaftskandidaten, des ehemaligen Gouverneurs von Texas, ist auch dahingehend von Bedeutung, als im Jahr 1997, als es auf Bundesebene innerhalb von 7 Jahren zu einem Anstieg von 600% medialer Berichterstattungen über Mordfälle kam, die Häufigkeit der in Texas angewendeten Todesstrafe innerhalb eines Jahres um 1200% zunahm; in der Statistik über Straftaten der Vereinigten Staaten wurde somit eine beispiellose Zunahme hinsichtlich der Verhängung der Todesstrafe registriert: so kam im Jahr 1996 die Todesstrafe in Texas in 3 Fällen zur Anwendung (dies entspricht 6,7% der 45 ebenfalls im Jahr 1996 ausgeführten Fällen der Todesstrafen auf Bundesebene). Im Jahr 1997 kam es in 37 Fällen zur Anwendung der Todesstrafe (was genau 50% der 74 zur Anwendung gekommenen Todesstrafen im selben Zeitraum auf Bundesebene entspricht)⁷³.

Es handelt sich offensichtlich um Daten, die Hypothesen von der Realität bestätigen, die sehr einfach von grundlegenden theoretischen Modellen ableitbar sind, wie zum Beispiel dem grundlegenden Modell der Vertragstheorie: Wenn die Meinung darüber, dass die Notwendigkeit besteht, sich gegen gemeinsame Gefahren zu verteidigen, einen der Hauptfaktoren der gesellschaftlichen Aggregation darstellt, dann folgt unweigerlich daraus, dass in den Wahlkämpfen der größten Demokratien derjenige die meisten Stimmen bekommt, der Strategien zur Kriminalitätsprävention vorlegt (laut Vertragstheorie der größten gemeinsamen Gefahr). Strategien also, die für besser erachtet werden, als diejenigen, die be-

⁷² BARRETTA - NIZZOLI, *Le notizie relative alla criminalità: il trend in Italia e il confronto con l'Europa*, a.a.O., S.38.

⁷³ Vgl. hierzu www.deathpenaltyinfo.org. Die Todesstrafe, die «ehemals ein eindeutiges politisches Unterscheidungsmerkmal» zwischen Republikanern und Demokraten war, wurde somit zum Instrumentarium zur Stimmengewinnung im Wahlkampf um die US-Präsidentschaft, als im Jahr 1992 der Sieg des demokratischen Kandidaten über den scheidenden republikanischen Präsidenten unter anderem auch möglich wurde, weil «Clinton als Gouverneur eines Südstaates, wie Arkansas, ein Instrumentarium einsetzen konnte, das sich Bush nur in der Theorie zu Nutze machen konnte: die Todesstrafe»; während des gesamten Wahlkampfes, setzte Clinton «dem entscheidenden und kontroversen Kampf um die Vorwahlen in New Hampshire ein Ende, um der Hinrichtung eines Häftlings aus Arkansas beizuwohnen, der teilweise unzurechnungsfähig war und einen Polizisten getötet hatte»: vgl. SIMON, *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, New York (New York) 2007, S.58 59 69 103 ff., der auch hervorhebt, dass in den USA mittlerweile «die zukünftigen Geschäftsführer eine vollständige Identifikation mit der Erfahrung der kriminellen Viktimisierung und dem daraus folgenden Wunsch nach Rache unter Beweis stellen», und dass «einer solchen Anforderung in der Regel mit der Unterstützung der Todesstrafe nachgekommen wird» (S.34) und «die Politiker aus der Frage der Kriminalität Profit schlagen, indem sie sich mit der Polizei identifizieren» (S.35). Hinsichtlich ausführlicher Ausführungen über Modalitäten und Auswirkungen der Medienberichterstattung über die Todesstrafe in den USA vgl. ALTHEIDE, *Creating fear*, a.a.O., S.137 ff.



reits zur Anwendung kamen oder aber von jemandem vorgelegt wurden, der bereits kriminalpolitische Lösungen angewendet hat, die sich jedoch als unwirksam erwiesen haben.

6. Wenn jedoch in einer Rechtsordnung im Rechtskreis des *Common Law* die Sicherheitsfrage an die Justiz und an diejenigen gerichtet wird, der als Gouverneur formell oder informell die Macht besitzt zumindest die Ausführung der Strafen, zu der verurteilt wurde, zu beeinflussen, so wird in den Rechtsordnungen im Rechtskreis des *Civil Law*, wozu die italienische Rechtsordnung gehört, die Frage nach der Sicherheit unweigerlich an den Gesetzgeber gestellt.

Als noch vor dem 'Medienboom' im Jahr 2007 das Kriminalitätsphänomen in den Medien sehr viel präsenter war als in der Realität, ergriff der Gesetzgeber die Gelegenheit. Diese hatte sich durch die Situation einer allgemeinen gesellschaftlichen Alarmbereitschaft ergeben und war durch die gesellschaftliche Darstellung der Kriminalität entstanden, in der von Gewalt geprägte Ereignisse mit individuellen Opfern bevorzugt wurden⁷⁴ und die natürlich auf die Rolle der Kontrollagenturen konzentriert war⁷⁵.

6.1. Im Jahr 2006 verabschiedete der Gesetzgeber die Reform des Rechts auf Notwehr und schlug somit eine Lösung vor, die sich in erster Linie am in den Medien vorhandenen Phänomen der Kriminalität anlehnte. Diese Reform wies, da alle Bürger und Bürgerinnen davon betroffen waren, einen ähnlichen Nachrichtenwert auf, wie die einzelnen kriminellen Ereignisse, die die allgemeine Alarmbereitschaft hervorgerufen hatten⁷⁶.

Doch schon bald wurde auch der stark symbolische Charakter des Gesetzes Nr.59/2006 deutlich.

Es ist bekannt, dass seit 1930 die Verhältnismäßigkeit zwischen der Verteidigung und der Gefahr des Angriffs nach dem Art.52 it. StGB eine ausdrückliche Voraussetzung des Notwehrrechts ist.

Jedoch wurde ein zweiter Absatz Art.52 durch das Gesetz Nr.59/2006 hinzugefügt, in dem die Bedingungen für die uneingeschränkte Vermutung hinsichtlich der Verhältnis-

⁷⁴ FORTI - REDAELLI, *La rappresentazione televisiva del crimine: la ricerca criminologica*, in FORTI - BERTOLINO (Hrsg.), *La televisione del crimine*, a.a.O., S.3 ff., 10, 67, 179.

⁷⁵ Vgl. FORTI - REDAELLI, *La rappresentazione televisiva del crimine*, a.a.O., S.186 ff.

⁷⁶ Bei der Übereinstimmung des Ereignisses mit den Prozessen der «Routinierung und der Standardisierung» dessen, was die Journalisten schreiben, der maximalen institutionellen Bedeutung der Hauptdarsteller und dem verbreiteten Interesse der Öffentlichkeit handelt es sich um wichtige Nachrichtenwerte: vgl. hierzu WOLF, *Teorie delle comunicazioni di massa*, Milano 1991, S.188 ff., gemäß dem «der Nachrichtenwert aus einer Gesamtheit an Voraussetzungen besteht, die bei den Ereignissen gefordert werden – vom Standpunkt der Arbeitsstruktur in den Informationsapparaten und vom Standpunkt der Professionalität der Journalisten aus betrachtet – um die öffentliche Existenz von Informationen zu erwerben» (S.190). Er ist außerdem der Meinung, dass eine seiner «Komponenten» aus den «Werten/Informationen» besteht, insbesondere den «Substantiven der Informationen» und «ihres Inhalts», beziehungsweise des «Grades und der hierarchischen Ebene der Subjekte, die in das Ereignis, über das berichtet wird, verwickelt sind», vom «Einfluss auf die Nation und das nationale Interesse», von der «Anzahl der Personen, die in das Ereignis verwickelt sind (tatsächlich oder potentiell)» und schließlich «die Relevanz und Bedeutung des Ereignisses hinsichtlich der zukünftigen Entwicklung einer bestimmten Situation» (S.201 ff.).



mäßigkeit zwischen Verteidigung und der Gefahr des Angriffs festgelegt sind, was jegliche gerichtliche Feststellung überflüssig macht: gemäß diesen Voraussetzungen hätte jemand, der handelt, um ein eigenes Recht oder das eines anderen gegen die Gefahr eines rechtswidrigen Angriffs zu verteidigen, keinen Grund mehr, darauf zu achten, die Grenzen des Gesetzes nicht zu übertreten, beziehungsweise selbst keine Straftat zu begehen.

Unmittelbar nach der Reform teilte auch ein angesehener Teil von Strafrechtslehrer die Darstellung hinsichtlich der sogenannten «Lizenz zum Töten»⁷⁷. Dieser Begriff wurde von Angestellten der Massenmedien eingeführt, um den Ansprüchen ihrer Arbeit nach kurzer Zusammenfassung und Klarheit gerecht zu werden.

Die *Slogans* der Massenkommunikation wurden jedoch stets im Kontext einer ausgeprägten Kritik gegenüber dem Eingriff seitens des Gesetzgebers geteilt. Einem Eingriff, den die Lehre schon bald fast einstimmig als *lex specialis* auslegen würde, die wiederum nur im Hinblick auf das Verhältnis eine Ausnahme zur im ersten Absatz des Artikels aufgeführten *lex generalis* darstellt⁷⁸: Jedes weitere im ersten Absatz aufgeführte Element wurde somit für die neue mittels der Reform eingeführte Hypothese als notwendig erachtet und auch die Rechtsprechung⁷⁹ ordnete sie in den Rahmen eines allgemeinen Rechtsbereichs ein, der nicht von der «Notwendigkeit, sich zu verteidigen», absieht beziehungsweise von der Angemessenheit der im ersten Absatz von Art. 52 it. StGB⁸⁰ aufgeführten Verteidigungsreaktion. Hier besteht eine analoge Situation zu dem, was sich in der italienischen Rechtsordnung vor 1930 mit Art. 49 Absatz 1 Nr. 2 des Gesetzbuches Zanardelli⁸¹ ereignete und was sich noch immer in Deutschland ereignet, wo der §32 StGB keinerlei Bezug auf jenes Verhältnis vorsieht, welches die Lehre als den «Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips»⁸² oder zumindest als das die «gesamte Rechtsordnung durchwatende Prinzip»⁸³ ansieht.

⁷⁷ Für alle DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi "sacrosante" e sacro valore della vita umana*, in *Diritto penale e processo* 2006, S.431 ff., 432.

⁷⁸ Für alle MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2006, S.826 ff., 860; VIGANÒ, *Sulla 'nuova' legittima difesa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2006, S.189 ff., 203, 206, 208, 218 und 225; CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata")*: *molto fumo e poco arrosto*, in *Diritto penale e processo* 2006, S.434 ff., 436.

⁷⁹ Es scheint, dass die Rechtsprechung sofort eine restriktive Auslegung der Reform vertrat, die durch die Bezugnahme auf alle anderen in Art. 52, Abs. 1 it. StGB aufgeführten Elemente eingeschränkt wurde, welche wiederum zur Verwirklichung der in den Absätzen 2 und 3 aufgeführten Hypothese notwendig wären: für alle Cass., sez.IV pen., 4 Juli 2006, Nr.32282, in *DeJure*; Cass., sez.I pen., 8 März 2007, Nr.16677, in *DeJure*; Cass., sez.V pen., 14 Mai 2008, Nr. 25653, in *DeJure*; Cass., sez.I pen., 10 Dezember 2008, Nr. 4890, in *DeJure*.

⁸⁰ MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa*, a.a.O., S.860; VIGANÒ, *Sulla 'nuova' legittima difesa*, a.a.O., S.203, 206, 208, 218 und 225; CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata")*, a.a.O., S.436.

⁸¹ GROSSO, *Legittima difesa (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Bd.XXIV, Milano 1974, S.27 ff., 28, Fußnote 7.

⁸² SCHROEDER, *Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen*, in *Festschrift für Reinhart Maurach*, Karlsruhe 1972, S.127 ff., 139.

⁸³ ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (1970), 2. Aufl., Berlin 1973, S.26; siehe auch DERS., *Die "sozialethische Einschränkung des Notwehrrechts. Versuch einer Bilanz*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1981, S.68 ff., 76 f.



Somit wurden die Elemente, die sich auf die Ordnung des Staatsmonopols in Bezug auf die Anwendung vorbeugender Gewalt destabilisierend auswirken konnten, abgewehrt und es verblieb der reine Symbolwert des Gesetzes Nr. 59/2006⁸⁴.

6.2. Auf der anderen Seite wurde schon bald hinsichtlich der anderen Gesetzesverordnungen, die unmittelbar nach der Welle des *Medienbooms* um die Kriminalität verabschiedet wurden, genau dasselbe Ergebnis registriert.

Im Jahr 2008 wurde das Gesetz Nr. 125 verabschiedet, das unter Vorlage von bereits vor wenigen Jahren angewendeten Lösungen⁸⁵ – die jedoch für das Gleichgewicht zwischen den Grundinstitutionen eines demokratischen Staates ausgesprochen heikel waren – in Art. 7 *bis* wiederholt den Einsatz von Militärstreitkräften im Falle von «spezifischen und außergewöhnlichen Notwendigkeiten bei der Prävention von Kriminalität» vorsah. Notwendigkeiten, die die Voraussetzungen für die reine «Möglichkeit» einer «verstärkten Kontrolle des Territoriums» «in den Großstädten» oder zumindest in «dicht besiedelten» Gegenden schaffen sollten. Durch das am 29. Juli 2008 verabschiedete Dekret des italienischen Innenministeriums kam es zur unverzüglichen Umsetzung von Art. 7 *bis*. Somit wurden anfänglich in neun italienischen Städten 1000 Soldaten verteilt, die ausschließlich mit allgemeinen Aufgaben der «Erkundung und Patrouille» betraut wurden (durch dasselbe Dekret wurden die anderen gemäß Gesetz Nr. 125/2008 vorgesehenen 2000 Soldaten mit der Überwachung sensibler Orte und Ziele in anderen italienischen Städten betraut). Nach sechs Monaten wurde die Verfügung für weitere sechs Monate verlängert; Art. 24 Absatz 74 des Gesetzes Nr. 102 vom 3. August 2009 ermöglichte letztendlich die Verlängerung um weitere zwölf Monate derselben Verfügung, wobei das Truppenkontingent um weitere 1250 Soldaten erweitert wurde, deren ausschließliche Aufgabe war in weiteren dreizehn Städten Erkundungsmaßnahmen und Patrouillen durchzuführen.

Auch wenn es für den Einsatz von Militärstreitkräften Beispiele in der jüngsten italienischen Geschichte gibt, so stellt der Begriff der «städtischen Sicherheit», auf die sich Art.

⁸⁴ Was die symbolische Strafgesetzgebung anbelangt, die durch die «Glaubhaftmachung einer Situation der Unsicherheit» und dem «absolut notwendigen Charakter des bestrafenden Eingriffs» - und zwar auch in den Fällen, in denen es «eine außerstrafrechtliche Lösung gäbe [...] die angemessener wäre, um das Problem an der Wurzel zu packen» - normative Lösungen anbietet, welche häufig in der Lage sind, «sowohl exemplarisch als auch tadelnswert die Mängel der Unwissenheit auf technischer Ebene, der Strittigkeit auf der Ebene der Prinzipien und der Ineffizienz auf der Ebene der Ergebnisse zu verbinden». Ihr wirkliches Ziel besteht in der «Illusion von Sicherheit, die dazu führt, dass der Bürger dem Handeln des Staates zustimmt». Ihr politisches Handeln zielt maßgeblich auf die «Werte der [...] staatlichen Selbstdarstellung und der reinen Beruhigung der Bürger [ab], die wie üblich die allgemeine einschüchternde Prävention unterstützen» vgl. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale* (1995), 2. Aufl., Napoli 1997, S.54 f., 99, 144.

⁸⁵ In der Vergangenheit wurde der Einsatz von Militärstreitkräften im Kampf gegen die Kriminalität nur in Ausnahmefällen und territorial sehr abgegrenzt verfügt. Es kam ausschließlich in bestimmten, in der Regel sehr schlimmen Situationen zum Einsatz dieser Streitkräfte. So zum Beispiel in Rom, unmittelbar nach der Entführung von Aldo Moro oder in Sizilien nach den Mafia-Attentaten im Jahr 1992: Was den Einsatz von Militärstreitkräften in Italien sowie die jeweilige Einbindung der Institutionen und der Justiz anbelangt, erlaube ich mir auf unser Werk SCHIAFFO, *L'impiego di personale militare per la prevenzione di delitti di criminalità organizzata*, in PATALANO (Hrsg.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Torino 2003, S.421 ff., 437 ff. zu verweisen.



6 des Gesetzes Nr. 125/2008 bezieht, in der italienischen Gesetzgebung etwas vollkommen Neues dar⁸⁶. Die Verfügung verleiht dem Bürgermeister auf diese Weise die Macht, «notwendige und dringende Maßnahmen [...] zum Zwecke der Vorbeugung und Beseitigung von großen Gefahren, welche auch die Sicherheit in den Städten bedrohen», zu ergreifen⁸⁷. Zu diesem Zweck hat der Bürgermeister die Aufgabe, sich um die «Zusammenarbeit der lokalen Polizei und der Staatspolizei» zu kümmern, wodurch die Wirksamkeit aller ihm durch das Gesetz im Bereich Sicherheit und öffentliche Ordnung zugeschriebenen Funktionen erhöht wird⁸⁸: um diese Befugnisse effektiv zu gestalten, sah Art. 61 Abs. 18 des Gesetzes Nr. 133 vom 6. August 2008 hinsichtlich der Finanzplanung und der Korrektur des Staatshaushaltes 2009-2011 einzig und allein für das Jahr 2009 die Einrichtung eines Staatsfonds über Hundertmillionen Euro vor, die in die Initiativen der Bürgermeister «für den Ausbau der Sicherheit in den Städten und den Schutz der öffentlichen Ordnung» investiert werden sollten.

Im selben Zeitraum scheint die Notwendigkeit, die gesellschaftliche Forderung nach Sicherheit zufrieden zu stellen, den Gesetzgeber auch in den in Art. 3 Absatz 40 ff. des Gesetzes Nr. 94/2009 aufgeführten Verfügungen und den Innenminister im jeweiligen Umsetzungsdekret vom 8. August 2009 beeinflusst zu haben. Mit Letzterem wurden die Bürgermeister ermächtigt, sich Vereinigungen «freiwilliger Beobachter» zu bedienen. Es handelt sich hierbei um «unbewaffnete Bürger», die sich «in Gruppen aus nicht mehr als drei Personen» organisieren, jeweils eine «Uniform» tragen, damit sie erkannt werden und Beobachtungstätigkeiten durchführen, «um den staatlichen oder den lokalen Polizeikräften Ereignisse mitzuteilen, die der städtischen Sicherheit Schaden zufügen könnten, beziehungsweise um über Situationen gesellschaftlichen Unbehagens zu berichten».

Offensichtlich handelt es sich hierbei um institutionelle, politische und legislative Implikationen einer Situation allgemeiner gesellschaftlicher Alarmbereitschaft, welche durch die – im Verhältnis zu den wirklichen Ausmaßen des Problems – vollkommen unverhältnismäßige massenmediale Darstellung der Kriminalität und des jeweiligen Entwicklungstypischen *Trends* künstlich hervorgerufen wurden.

7. Dennoch muss für eine angemessene Bewertung des Phänomens auch die eindeutige kriminologische Orientierung des Gesetzes Nr. 59/2006⁸⁹ in Betracht gezogen werden,

⁸⁶ PAVARINI, *Un piccolo potere poliziale nelle mani del sindaco per un nuovo ordine estetico della città*, in *Critica del diritto* 2007, S.241 ff., 244; DERS., *Paure urbane e nuovi dispositivi di sicurezza*, in ACQUAROLI (Hrsg), *Il diritto penale municipale*, Macerata 2009, S.11 ff., 28 ff., 31.

⁸⁷ Mit Urteil Nr. 115/2011 hat das Verfassungsgericht den Anwendungsrahmen der Verfügung neugestaltet und den «Begriff» «auch» vor den Worten «notwendig und dringend» gestrichen: vgl. www.cortecostituzionale.it.

⁸⁸ Vgl., unter anderem, SESSA, *La 'sicurezza urbana' come garanzia dell'esercizio di diritti fondamentali: un contributo alla razionalizzazione del "diritto punitivo municipale"*, in *Critica del diritto* 2008, S.47 ff., 52 ff.; RUGA RIVA, *Sindaci-sceriffi, cittadini vigilantes e medici spioni: verso la pervasività delle forme di controllo penale*, in ACQUAROLI (Hrsg), *Il diritto penale municipale*, a.a.O., S.73 ff., 74 ff.; VILLAMENA, *Le ordinanze del sindaco dopo la riforma del 2008: tra conferme e (problematiche novità)*, ebenda, S.39 ff.

⁸⁹ Hier erlaube ich mir auf unser Werk SCHIAFFO, *The Privatization of the Management of Public Security in Recent Italian Legislation: A Brief Focus on the Italian Reform of Self-Defence*, in *Journal of Comparative Law* 2009, S.63 ff. zu verweisen.



da diese durch die unmittelbar auf das Gesetz zurückzuführenden gesellschaftlichen Auswirkungen nur teilweise verdeutlicht wird.

Eine der ersten Auswirkungen des Gesetzes Nr.59/2006 wurde zwei Jahre später im vom Europäischen Institut für politische, wirtschaftliche und soziale Studien (EURISPES) veröffentlichten Bericht "Rapporto Italia 2008" verzeichnet. In diesem Bericht wird die bedeutende Zunahme der Verbreitung von Waffen, die von dem oben aufgeführten Institut für statistische Untersuchungen als «paralleles Kriegsarsenal»⁹⁰ bezeichnet wird, auf die Reform der Notwehr zurückgeführt und somit auf die durch die *Medien* dargestellte «Lizenz zum Töten»!

Durch die gemäß den situationsabhängigen Präventionsstrategien durchgeführte Reform von Art.52 it. StGB - Strategien, die zum Zwecke des Schutzes der Rechtsgüter dem «Wächter» eine bedeutende Rolle zuschreiben⁹¹, scheint das Gesetz Nr.59/2006 seine wahre *Ratio* in der politischen Entscheidung getroffen zu haben, den Einsatz privater Polizeikräfte bei der für die Durchführung unternehmerischer Tätigkeit notwendigen Überwachung und somit bei der Privatisierung der Verwaltung der öffentlichen Sicherheit zu unterstützen⁹².

Bei näherer Betrachtung scheinen auch die anderen Gesetze die neue Ordnung im Umgang mit der öffentlichen Sicherheit zu definieren. Einer Ordnung, die eine durch das Gesetz Nr. 121/1981 bereits anerkannte zivile und öffentliche Verwaltung umstrukturiert.

Hierbei handelt es sich um eine Ausrichtung, die in den Registern der parlamentarischen Arbeit seit der XIII. Legislaturperiode in zahlreichen Gesetzesentwürfen zur Reform des die Privatpolizei betreffenden Rechtsbereichs zu finden ist. Einer Reform, die der Privatpolizei mehr Befugnisse zuschreibt und somit auch den Schutz erhöht.

Ein Ergebnis war somit mit Art. 1 c) des Gesetzesdekrets Nr. 162/2005 erzielt worden, welches durch Einfügung von Art. 6 *quater* in das Gesetz Nr. 401/1989 hinsichtlich des 'Schutzes der Korrektheit in der Durchführung von Sportveranstaltungen' «diejenigen als mit einer öffentlichen Dienstleistung betraut, die die Aufgaben hatten, die Eintrittskar-

⁹⁰ EURISPES (Hrsg.), *Rapporto Italia 2008. Percorsi di ricerca nella società italiana*, Roma 2008, S.517. Die Vermutung scheint auch durch die von der FONDAZIONE UNIPOLIS (Hrsg.), *La sicurezza in Italia. Significati, immagine e realtà, Terza indagine sulla rappresentazione sociale e mediatica della sicurezza*, a.a.O., S.31 bestätigt zu werden, laut derer im Oktober 2007 8,2% der Befragten auf das durch die mediale Darstellung von Kriminalität verbreitete Gefühl von Unsicherheit mit dem Kauf einer Waffe reagierten, wohingegen 4,3% die Absicht hatte, eine Waffe zu kaufen.

⁹¹ Hinsichtlich des Postulats der grundlegenden Kriminalätiologie, innerhalb derer der Täter, das interessante Ziel, die Nichtanwesenheit oder die Trägheit des Wächters zusammengefasst werden, beinhaltet auch die ursprünglich minimalste Klassifizierung der situationsbedingten Präventionsstrategien die Stärkung des Wächters, welcher durch das Gesetz Nr.59/2006 von der Auflage der Verhältnismäßigkeit befreit wird. Bezüglich der Klassifizierung der situationsbedingten Präventionsstrategie und die jeweilige Entwicklung vgl. CLARKE, *Introduction*, in DERS. (Hrsg.), *Situational Crime Prevention, Successful case studies*, Guilderland (New York) 1997, S.1 ff., 18; die durch die *situational crime prevention* postulierte Kriminalätiologie ist bereits bei COHEN - FELSON, *Social Change and Crime Rate Trends: a Routine Activity Approach*, in *American Sociological Review* 1979, S.588 ff., 589 definiert.

⁹² Vgl. dazu S. FIORE, *La „cattiva novella“ dell'art. 52 c.p.*, in *Crit. dir.* 2006, S.57 ff., 65; hier erlaube ich mir auf unser Werk SCHIAFFO, *La «sicurezza privatizzata»: ipotesi ermeneutiche su legittima difesa e dintorni*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Bd.II, Napoli 2011, S.1217 ff., 1231 f. zu verweisen.



ten zu kontrollieren und die Zuschauer zu leiten»⁹³. Dennoch wurde die gesetzliche Bestimmung durch das Umwandlungsgesetz Nr. 210/2005 modifiziert, mit dem Ziel einer einfachen Anwendung der in Art. 336 und 337 it. StGB aufgeführten Strafen hinsichtlich derjenigen, die eine Tat gegenüber bereits im Gesetzesdekret aufgeführten Personen begehen, «sofern diese bei der Ausführung ihrer Aufgaben zu erkennen sind».

Ganz offensichtlich handelte es sich hierbei um gesetzliche Bestimmungen mit einem subjektiv sehr eingeschränkten Anwendungsbereich, der im Rahmen der Umwandlung des Gesetzesdekrets neu strukturiert wurde.

In den Jahren des *Booms* der medialen Berichterstattung über Kriminalität wurde mit dem in das Gesetz Nr. 101/2008 umgewandelten Gesetzesdekret Nr. 59/2008 Art. 138 des Einheitstextes zu den Gesetzen zur öffentlichen Sicherheit der fünfte Absatz hinzugefügt, der sich als notwendig erwies, um das am 13. Dezember 2007 im Rechtsstreit C-465/05 (Europäische Kommission gegen Italienische Republik) durch den Europäische Gerichtshof verkündete Urteil durchzuführen⁹⁴: Art. 138 Abs.5 des Einheitstextes zu den Gesetzen zur öffentlichen Sicherheit verfügt heute sehr deutlich, dass «besondere Wächter, die für die Ausführung von Aufsicht und Überwachung von beweglichen und nicht beweglichen Sachen beedigt sind, als mit einer öffentlichen Dienstleistungsaufgabe betraute Personen gelten»⁹⁵.

Es handelt sich offensichtlich um eine durchweg untergeordnete Bedingung, welche der Europäische Gerichtshof dennoch der Privatisierung der Verwaltung der öffentlichen Sicherheit gestellt hat, bzw. einer weiteren besorgniserregenden Auswirkung der wirtschaftlichen Krise, die, auch in Italien, den Staat überrannt hat.

⁹³ Bezüglich der Implikationen hinsichtlich der Zuschreibung der Qualifikation als Träger einer öffentlichen Aufgabe, vgl., bezüglich der im Gesetz Nr. 94/2009 aufgeführten „Bürgerwehren“ RUGA RIVA, *Una nuova parola d'ordine: lotta senza quartiere contro l'“illegalità diffusa”*, in MAZZA - VIGANÒ (Hrsg.), *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, Torino 2009, S.131 ff., 136 f.

⁹⁴ Vgl. <<http://curia.europa.eu>>. Bei den Vorbereitungsarbeiten für das Umwandlungsgesetz des d.l. Nr.59/2008 (vgl. Camera dei deputati, XVI legislatura, Nr.6, in www.camera.it) wird bestätigt, dass es zur Anpassung der italienischen Rechtsordnung an die Punkte 2 und 5 des Urteilstenors des seitens des Europäischen Gerichts verkündeten Urteils notwendig wurde Art.138 des Einheitstextes zu den Gesetzen zur öffentlichen Sicherheit einige Absätze hinzuzufügen; dennoch hatte das Urteil in den Punkten 2 und 5 bestätigt, dass, sollte „die private Kontrolltätigkeit von jemandem durchgeführt werden, der Dienstleistungen ausführt, die in einem anderen Land festgelegt wurden, dies nur nach [vorheriger] in Italien gültigen Genehmigung seitens des Präfekten möglich sei; hierbei wird keine Rücksicht auf die Verpflichtungen genommen, die die Erbringer der Dienstleistungen in ihrem Ursprungsland erfüllen“ und sollte „das Personal der oben aufgeführten Unternehmen individuell dazu ermächtigt werden, private Kontrolltätigkeiten auszuüben, ohne die bereits im Ursprungsmitgliedstaat ausgeübten Kontrollen und Überprüfungen in Betracht zu ziehen, so erfüllte die Italienische Republik die ihr gemäß Art. 49 CE obliegenden Pflichten“ hinsichtlich der Freizügigkeit der Dienstleistungen „nicht“. Die Vermutung liegt somit nahe, dass die Entscheidung, die Gelegenheit für die „formale Anerkennung“ der besonderen vereidigten Wächter zu ergreifen, um ihnen „eine Strafverteidigung zu garantieren, die nicht minder ausfällt, als diejenige, die den an den Sportgeräten eingesetzten *Stewards* mit dem Gesetz Nr. 210/2005 zugesichert wird“, auf eine Bewertung der Möglichkeiten zurückzuführen ist. Wobei das Gesetz Nr. 210/2005, wie bereits erwähnt im Rahmen der Umwandlung den *Stewards* die bereits durch Gesetzesdekret Nr. 162/2005 verfügte Zuschreibung der Qualifikation als für öffentliche Dienstleistungen Beauftragte mit Gesetzesdekret n.162/2005 wieder beseitigt hatte.

⁹⁵ An dieser Stelle erlaube ich mir auf unser Werk SCHIAFFO, *La «sicurezza privatizzata»: ipotesi ermeneutiche su legittima difesa e dintorni*, a.a.O., S.1236 ff. zu verweisen.



LE UNIONI CIVILI: TRA LA FAMIGLIA “TRADIZIONALE” E NUOVI “MODELLI” DI COMUNIONE FAMILIARE.

FRANCESCA CARIMINI

SOMMARIO: 1. La l. 20 maggio 2016, n. 76 e la attuale conformazione della “famiglia”. – 2. Le novità introdotte dal testo legislativo. – 3. Spunti di riflessione sulla mancata previsione dell’obbligo di fedeltà ed il divieto di adozione.

1. Le unioni omoaffettive hanno ottenuto un riconoscimento formale, com’è noto, con la l. 20 maggio 2016, n. 76¹. Il tentativo di individuazione della *ratio* della disciplina di riferimento non può prescindere da talune premesse.

La prima, di tutta evidenza, riguarda il più volte ribadito superamento del modello familiare tradizionale; superamento individuabile sotto un duplice profilo. La famiglia quale organo portatore di interessi superiori a quello dei suoi membri, poiché in contrasto con i principi di libertà e democrazia che ispirano il vigente ordinamento, ha lasciato il posto ad una comunità familiare, nel cui ambito lo svolgimento dei rapporti non può che avvenire nel rispetto delle libertà fondamentali al fine di consentire lo sviluppo della personalità di

¹ Dopo le infruttuose iniziative legislative degli anni passati, la circostanza che, nel corso degli ultimi mesi, si sia concretizzata la possibilità di addivenire al varo di un provvedimento normativo, sfociata nell’emanazione della l. n. 76 del 2016, rappresenta certamente un elemento sintomatico dell’intervenuta maturazione di un significativo livello di condivisione in merito all’opportunità di una regolamentazione dei molteplici interessi scaturenti dalla convivenza *more uxorio* (per un primo commento al disegno di legge (c.d. “ddl Cirinnà”) da cui ha preso le mosse l’iter che ha condotto all’approvazione della L. n. 76/2016, v. F. ROMEO e C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 971 ss.; G. IORIO, *Il disegno di legge sulle “unioni civili” e sulle “convivenze di fatto”: appunti e proposte sui lavori in corso, ivi*, 2015, p. 1014 ss.; M. TRIMARCHI, *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze*, in *www.juscivile.it*, 2016, I, p. 1 ss. Cfr., anche, E. GIUSTI e F. VETTORI, *Famiglia di fatto ed unioni civili: verso un nuovo modello di famiglia*, articolo pubblicato in data 22 gennaio 2016, in *www.giustiziacivile.it*; G. BONILINI, *Unioni civili e convivenze di fatto*, *Trattato di diritto di famiglia*, V, Torino, 2017, *passim*, M.C. BIANCA, *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs n. 5/2017; d.lgs n. 6/2017; d.lgs n. 7/2017*, Torino, 2017, *passim*; N. CIPRIANI, *Le unioni civili*, in R. PANE (a cura di), *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, Napoli, 2017, p. 39 ss.; A. DI FEDE, *La legge 20 maggio 2016, n. 76: tra lacune di disciplina e problematiche esegetiche*, *ivi*, p. 201 ss. A questo proposito è infatti opportuno dare adeguato risalto ad una notazione di carattere metodologico: il diritto non può perseguire, in un contesto come quello delle relazioni affettive, obiettivi di carattere promozionale, come invece può – e, a volte, deve – fare in campo economico, ove l’intervento legislativo è sovente funzionale rispetto all’innesco di comportamenti virtuosi. Ogniqualevolta si tratti di legiferare con riguardo a materie aventi forti ricadute nell’ambito di plurime sfere quali, tra le altre, quella etica e quella morale, si rende necessario procedere secondo interessi e scelte condivise: l’adesione a livello generale – pur nella consapevolezza della forte disarticolazione e complessità che caratterizzano la realtà sociale – è, dunque, fondamentale, in guisa che non sembra possibile fondare interventi legislativi, volti ad incidere su materie così rilevanti, sulla mera volontà di assecondare istanze di singoli “gruppi”, portatori di interessi che risultino essere espressione del tutto parziale di quanto percepito e condiviso a livello sociale.



ogni singolo individuo. Questo il primo profilo. L'altro è quello del passaggio da un modello familiare di tipo esteso, ormai risalente, caratterizzato dalla convivenza di più generazioni di figli sottoposti all'autorità del capostipite – il *pater familias* – a quello di tipo nucleare composto dai coniugi e dai loro figli, fino poi ad arrivare ad una pluralità di “tipi”, i quali, ci offrono il panorama reale nel cui ambito la famiglia si trova a vivere nel tempo attuale. Modelli familiari dunque che si sono succeduti nel tempo, diversificati ed espressi dai diversi contesti sociali e nei diversi momenti storici.

La seconda volge lo sguardo al panorama sovranazionale, nel quale ormai da tempo è stato possibile constatare la suddetta diversificazione del modello familiare tradizionale a favore di nuove tipologie di rapporti. Lo scenario normativo mostra numerose ed eterogenee esperienze di riconoscimento, le quali si traducono in differenti modelli normativi. Con riguardo ai quali è possibile constatare due diverse opzioni da parte dei legislatori europei. Alla scelta di quanti hanno adottato una parificazione assoluta tra il modello coniugale tipico e le unioni omoaffettive, estendendo a queste ultime l'istituto del matrimonio (c.d. matrimonio egualitario) si rinviene quella di coloro che, diversamente, hanno preferito introdurre fattispecie analoghe, pur tuttavia formalmente distinte. Il legislatore, in questa ultima ipotesi, ha comunque garantito il diritto di ottenere un riconoscimento solenne e formale all'unione e, ad un tempo, l'acquisizione di uno *status* analogo a quello coniugale.

Non v'è dubbio che un siffatto contesto normativo così consistente e diversificato a livello europeo rende, naturalmente, ancora più stigmatizzabile il comportamento (sino a poco fa inerte) adottato per contro dal legislatore italiano. Nei riguardi del quale si è ripetutamente sollecitato l'adempimento di un preciso obbligo costituzionale sia a livello interno sia a livello europeo². È in questo complesso ed articolato quadro che si colloca la disciplina sulle unioni civili, la quale mostra non poche fragilità dovute (in parte) alla necessità impellente di trovare un compromesso politico adeguato, che ne consentisse l'approvazione.

Va chiarito *in primis* che la disciplina sulle unioni civili, ossia sulle relazioni omoaffettive, è stata congedata a séguito di un *iter* parlamentare travagliato nonché di un acceso scontro politico, che ha condotto entrambe le Camere ad aggirare la discussione sul merito del testo normativo per giungere alla definitiva approvazione mediante l'uso del voto di fiducia.

È obiettiva la difficoltà di commentare il testo normativo licenziato con la l. n. 76. E ciò per più di una ragione. La prima va, indubbiamente, ricercata nell'assenza di pronunce giurisprudenziali alla quale si contrappone un consistente interessamento da parte della dottrina. *In secundis* va posto in rilievo il naturale e fisiologico periodo di assestamento, che comunque segue sempre all'approvazione di una legge. Da ultimo, la prudenza che è suggerita in ragione della delicatezza della materia coinvolte.

² V., al riguardo, a tale proposito le sollecitazioni della Corte costituzionale (rispettivamente con sentenze n. 138 del 2010, e n. 170 del 2014) che hanno esortato il Parlamento a garantire a coppie dello stesso sesso il riconoscimento e la formalizzazione dell'unione. Non di meno la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia per l'inadempimento dell'obbligazione positiva di riconoscere uno specifico quadro legale che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle unioni omosessuali. Ad un tempo, vale sottolineare che il legislatore italiano non era tuttavia costituzionalmente obbligato all'introduzione del c.d. matrimonio egualitario; circostanza questa ribadita sia dalla Corte costituzionale sia pure dalla Corte Edu.



L'avvenuto superamento del modello familiare tradizionale è testimoniato da una frantumazione della categoria dogmatica di riferimento. Sì che, come è stato evidenziato, volendo metaforicamente indicare tale frammentazione, la famiglia si trasforma da isola in arcipelago. Molteplicità, pertanto, di situazioni interpersonali, aprioristicamente indefinibili, soggette a continue e plurime modificazioni. Famiglie non fondate sul matrimonio, famiglie monoparentali, famiglie allargate e ricomposte, unioni omosessuali, famiglie adottive, famiglie affidatarie e molte altre ancora³.

2. Volendo, seppur sinteticamente, volgere l'attenzione al testo legislativo, la legge – costituita da una confusa sequenza di 69 commi in un unico articolo – titolata *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, trae origine da esigenze diverse, perché nella realtà sociale la richiesta di una disciplina della famiglia di fatto proveniva soprattutto da chi non aveva a disposizione uno strumento alternativo per regolare il proprio rapporto, cioè le coppie omosessuali. Di qui la necessità: da un lato di riconoscere a queste ultime il diritto di contrarre matrimonio oppure di introdurre un istituto, l'unione civile, appunto, che consentisse quella regolamentazione; dall'altro di dettare una disciplina meno incisiva sulla convivenza aperta a tutte le coppie allo scopo di non violare la libera scelta dell'individuo di organizzare la propria vita.

Uniformemente al corpo normativo relativo al matrimonio, non v'è traccia, nella legge, di una disposizione che possa offrire una definizione dell'unione civile, la quale, peraltro, può qualificarsi «relazione ufficializzata di natura affettiva, intercorrente tra due persone dello stesso sesso, che si estrinseca in una convivenza, connotata da un comune progetto di vita e dalla assistenza reciproca materiale e morale».

Le unioni civili condividono con il matrimonio i tratti essenziali, sia per quanto riguarda il momento costitutivo (c.d. profilo dell'atto), sia per ciò che concerne la relazione interpersonale (profilo del rapporto).

Di particolare rilievo il comma 20, il quale sancisce l'applicabilità all'unione civile di tutte le disposizioni (escluse quelle relative all'adozione) che si riferiscono al matrimonio o che contengano la parola “coniuge”. Mentre, con riguardo al codice civile, soltanto le norme espressamente richiamate.

Una prima osservazione è che nella legge non compare mai il sostantivo “famiglia” se non sporadicamente (ad esempio al comma 12, a norma del quale le parti concordano l'indirizzo della vita “familiare”); semmai il legislatore ha preferito parlare di “bisogni co-

³ Cfr. F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 529, il quale, all'inizio del nuovo millennio, richiamando la celebre immagine di Jemolo della famiglia quale isola che il mare del diritto può solo lambire, evocava la figura dell'arcipelago, caratterizzata da una grande isola e da piccole isole rappresentate dai rapporti parafamiliari; L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 1105 ss., spec. pp. 1115 e 1116, ove, alla luce del costante e sempre più incisivo richiamo in ambito familiare alla negozialità e al sistema della responsabilità civile, si rileva come l'arcipelago sia ormai prossimo a ricongiungersi alla terraferma, con conseguente rinnovata e intensificata giuridicizzazione delle relazioni familiari. Lo stesso Busnelli, a distanza di una decina di anni (F.D. BUSNELLI e M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, p. 768 ss.) è giunto a proporre l'immagine, sulla base dell'osservazione del quadro legislativo europeo nel frattempo venutosi a creare, di una di una famiglia in frantumi.



munì”. L’impressione a detta di molti è quella che la legge ha voluto compiacere quanti vorrebbero il termine “famiglia” riferito esclusivamente a quella fondata sul matrimonio. In senso contrario, tuttavia, si potrebbe rilevare che il legislatore interno ed europeo fa nel tempo attuale riferimento ad una pluralità di modelli familiari entro i quali trovano agevole collocazione anche le unioni civili.

L’unione civile come atto, nella sostanza, diverge in modo relativamente limitato rispetto al matrimonio; ed è anche singolare che la legge non preveda il contenuto della dichiarazione da rendere all’ufficiale di stato civile. Le differenze più rilevanti riguardano la mancanza di un istituto analogo alla promessa di matrimonio, e l’assenza delle pubblicazioni; inoltre è assente una disposizione normativa analoga all’art. 112 cod. civ. che consenta il rifiuto del pubblico ufficiale in difetto dei presupposti di legge, con possibile dubbio di legittimità costituzionale. Analogo al matrimonio è altresì il regime di invalidità, con l’unica diversità del mancato richiamo, in tema di errore, all’art. 122, n. 1, cod. civ., che considera essenziale anche quello sull’esistenza di una anomalia o deviazione sessuale. Questo ultimo rilievo suscita più di una perplessità con riguardo allo spirito della legge. Certo è che una simile scelta deve indurre a riflettere sul punto e ad interrogarsi sulla *ratio* della normativa, la quale, a detta di molti, è soltanto un “contentino” nei confronti di una esigenza alla quale non si poteva più negare udienza ed ingresso nel sistema normativo.

3. Particolare rilievo e precisa attualità le opzioni del legislatore relative, da un lato, alla mancata previsione dell’obbligo di fedeltà, e, dall’altro, al divieto di adozione.

Con riferimento alla prima questione, l’obbligo di fedeltà, appunto, è stato eliminato dalla disciplina delle unioni omosessuali uno dei doveri che, a detta di molti, fondano il nucleo essenziale del legame affettivo; quello tradizionalmente più percepito e, non a caso, più sollecitato in sede di pronuncia di addebito. Secondo alcuni si è operata una sorta di “desessualizzazione” della relazione omosessuale (la quale sta a sottintendere una implicita valutazione di promiscuità) e di qui, conseguentemente, una gerarchia tra legami affettivi che non trova alcun riscontro giuridico nei principi fondamentali⁴.

⁴ Per dirla in altri termini una mera e (assai) discutibile opzione ideologica. Il maxiemendamento, dunque, approvato dal Senato in data 25 febbraio 2016 ha operato lo stralcio dell’obbligo di fedeltà : ciò non è senza conseguenze. Nell’attuale contesto socio-familiare è in corso da tempo una evoluzione della giurisprudenza in materia di divorzio, in base alla quale la fedeltà nel matrimonio non è più intesa in senso esclusivamente sessuale, ma come l’obbligo più complesso di non violare la fiducia del partner, dovendosi preliminarmente valutare se il rapporto a due non si fosse già, prima dell’infedeltà sessuale, esaurito o svuotato di contenuti. Il legislatore, sottacendo dell’obbligo di fedeltà tra i partner dell’unione, è intervenuto nel cuore dell’*affectio* e del rapporto solidale che è alla base della comunione di vita in cui si incarna ogni autentico rapporto di coppia, adombrando ancora il tentativo infruttuoso di confinarne - quantomeno *prima facie* - la disciplina in una sorta di apparente ghetto giuridico-relazionale. Quel che risalta con più evidenza è il significato simbolico dell’omissione, operata nell’apparente non consapevolezza delle pronunce della Suprema Corte che hanno ribadito come l’obbligo di fedeltà sia volto a garantire la comunione di vita tra i coniugi, mentre la sua violazione è prova della rottura dell’irripetibile rapporto di fiducia tra i coniugi e del deterioramento dell’accordo e della stima reciproca e come tale obbligo costituisca un “impegno globale di devozione” e la base della “comunione spirituale”. I doveri enunciati dall’art. 143 cod. civ., come riformato dalla novella del 1975, sembrano essere il portato del generale impegno alla reciproca solidarietà ed espressione della comunione affettiva, spirituale, materiale su cui si fonda lo stesso vincolo. Come ha affermato Corte di merito, eliminando



In realtà la non previsione di siffatto obbligo risulta essere un problema privo di reale fondamento. *In primis* è opportuno interrogarci sul “significato”, o meglio sul “contenuto” della fedeltà. Se con essa vogliamo intendere una fedeltà nel senso di (in)sussistenza di relazioni parallele o se, diversamente, (e questa seconda opzione sembra maggiormente condivisibile) essa sia espressione di un contenuto e di valori più ampi. Se così è, allora, la fedeltà è scelta individuale di ogni singolo individuo, e come tale mal si presta ad essere imbrigliata in una norma, per di più di tipo regolamentare. È inconcepibile, che nel tempo attuale, la fedeltà al proprio *partner*/marito/compagno possa (esclusivamente) dipendere da una imposizione da parte del legislatore. La questione va affrontata sotto una prospettiva diversa: invece di interrogarci sulla mancata previsione dell’obbligo di fedeltà con riferimento alle unioni omoaffettive, sembra più opportuno interrogarsi sull’effettiva opportunità del mantenimento di un siffatto obbligo nelle famiglie fondate sul matrimonio. D’altro canto, la medesima violazione dell’obbligo, come è noto, non sempre *sic et simpliciter* integra gli estremi della causa di addebito nella separazione. È il giudice infatti, che, caso per caso, valuta il rilievo della violazione al fine di verificare se la separazione è un effetto diretto e immediato dell’infedeltà, o piuttosto se quest’ultima, a sua volta, risulta essere l’effetto di una crisi già in atto. La questione appare più formale che sostanziale. Piuttosto che alla nozione – ormai troppo scontata e generica – di fedeltà, il legislatore dovrebbe esprimersi, (anche) con riguardo alla famiglia fondata sul matrimonio, in termini di “rispetto”. Rispetto appunto del coniuge e, conseguentemente, in senso più ampio della persona in quanto tale. La dignità e l’onore debbono comunque essere valori da attuare (non soltanto non violare) in concreto nello svolgimento di qualsivoglia unione basata sull’*affectio*, e sulla condivisione di un progetto di vita comune. La loro violazione, per ipotesi, dovrà essere valutata caso per

L’obbligo di fedeltà il modello di vita in comune ‘semplicemente non è riconoscibile come famiglia’, mentre la Cassazione successivamente adita dal coniuge tradito confermava la primazia da attribuirsi all’unione spirituale che esclude gli episodi di adulterio. Infranto il vincolo di fedeltà, secondo taluno, viene a nullificarsi l’intero complesso dei doveri di cui all’art. 143 cod. civ. che costituiscono l’essenza stessa del matrimonio e di qualsiasi stabile rapporto di coppia. Dunque l’aver escluso tale obbligo si porrebbe quale *contradictio in terminis* riguardo all’intero provvedimento istitutivo dell’unione civile, che tra l’altro contiene l’espressa previsione del dovere morale che vincola i componenti e, per quanto sopra accennato, si profila incostituzionale. Talché, in ipotesi di azione risarcitoria per illecito endofamiliare - posto che non è previsto dalla l. 76 l’istituto della separazione né, quindi, l’addebito - la Corte adita dal partner dell’unione sarebbe posta di fronte ad una duplice scelta: accordare, ove lo consenta la fattispecie, il risarcimento richiesto, ritenendo a rigor di logica integrato nel provvedimento - con riferimento ai commi 1 e 11 - il dovere di fedeltà o, al contrario, porre la questione di legittimità per violazione degli artt. 2, 3, 24 Cost. e 8 CEDU. In conclusione, lo stralcio dell’obbligo di fedeltà all’interno della legge che delinea la struttura dell’unione civile non parrebbe avere alcuna giustificazione giuridica. Si è detto che, se l’*intentio legislatoris* – sia pure come frutto di disdicevole compromesso – è da rinvenirsi nel distanziare viepiù il rapporto *same sex* dal coniugio (quasi a sancirne una differenza ontologica, proprio nell’estromissione del valore simbolo della reciproca ed esclusiva dedizione e condivisione di vita), a contrario, alla luce della sostanziale, effettiva omologazione di entrambe le due tipologie comunque costituzionalizzate, ha svilito e leso contemporaneamente la sacralità del matrimonio. Le perplessità sin qui evidenziate sembrerebbero trovare conferma ulteriore volgendo lo sguardo ad altre differenti esperienze normative a livello europeo. In altri ordinamenti, come in quello francese, il dovere di fedeltà concernente i coniugi con la *loi Toubira* è esteso *naturaliter* anche al matrimonio egualitario; oltreoceano, in *common law* nordamericano, la Corte Suprema degli Stati Uniti il 26 giugno 2015 osservava, che le coppie omosessuali che desideravano accedere al matrimonio – che *embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family* – erano motivate dalla considerazione e dal rispetto nutrito per l’istituto tanto prestigioso che intendevano onorare.



caso, ben potendo una eventuale infedeltà rappresentare appunto causa di lesione alla persona ed alla sua dignità e ciò a prescindere dalla previsione di una disposizione normativa⁵.

Con riguardo, invece, al divieto di adozione preliminare e necessario appare un richiamo alla riforma della filiazione del 2012, la quale ha posto il fondamento dell'uguaglianza solidale in seno alla famiglia ampliando i confini in cui si esplicano i rapporti socio-giuridici incentrati sul soggetto "figlio senza aggettivi". La l. n. 76 del 2016 delinea una disciplina comunque positiva riguardo alla dimensione del rapporto di coppia, ma è silente in relazione ai connessi e ineludibili rapporti parentali⁶.

Il legislatore ha perseguito l'intento di differenziare matrimonio ed unione civile; nel comma 20 esclude infatti l'estensibilità alle parti delle disposizioni della l. n. 84 del 1983 (aggiungendo che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti»).

A tale "chiusura" non corrisponde, tuttavia, un egual atteggiamento da parte della giurisprudenza, la quale ha sposato un diverso orientamento rispetto a questa materia. Al riguardo alcune pronunce appaiono assai significative.

In applicazione dell'art. 44, lett. b), l. n. 184 del 1983, un recente indirizzo della giurisprudenza ha accolto la domanda di adozione in casi particolari da parte della compagna della madre biologica che aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa all'estero⁷.

A fronte del diverso scenario legislativo rispetto a quello giurisprudenziale viene ancor più da domandarsi se la scelta del legislatore sia una scelta giusta; o meglio se essa sia o no condivisibile sotto il profilo della tutela dell'interesse del minore. Quest'ultimo deve sempre prevalere rispetto a qualsivoglia esigenza che si trovi a convivere con esso. E se è

⁵ D'altra parte la violazione potrà comportare pretese risarcitorie nell'ambito del c.d. illecito endofamiliare – a tale proposito la Cassazione (sentenza n. 15481 del 2013 ha reputato configurabile un simile illecito anche all'interno dell'unione di fatto) ed altresì la valutazione ai fini del *quantum* dell'assegno dovuto alla parte economicamente più debole (il comma 25 della l. n. 76 richiama appunto l'art. 5 della l. sul divorzio).

⁶ Invero l'intersezione che di fatto si verifica tra le due riforme è produttiva di ulteriori discrasie e problematiche, afferenti, sostanzialmente, come si è anticipato, proprio al rapporto di filiazione. In sede di approvazione della legge n. 76/2016 al Senato era stato soppresso l'art. 5 del testo presentato dalla relatrice, sen. Cirinnà, che attraverso una modifica dell'articolo 44, lettera b), della legge 4 maggio 1983 n. 184, interveniva in materia di adozione in casi particolari, consentendo alla parte di una unione civile di fare richiesta di adozione del figlio del partner. Si era affermato, infatti, anche al di fuori dell'aula parlamentare, che l'ammissione della *stepchild adoption* avrebbe potuto agevolare il ricorso alla "maternità surrogata", oggi ammessa - con diverse modalità, presupposti e conseguenze - in vari Paesi, ma vietata, nell'ordinamento italiano, dalla l. 40/2004, che in particolare, all'art. 12, n. 6, sanziona la commercializzazione di gameti o di embrioni.

⁷ In generale è opportuno ricordare che la presenza di figli in famiglie omosessuali non è rara anche in altre ipotesi ove la giurisprudenza è chiamata a valutare la rispondenza della domanda, nel caso concreto, alle esigenze di tutela dell'interesse del minore. È stato riconosciuto, infatti, l'affidamento del figlio, in caso di separazione o divorzio, al coniuge divenuto omosessuale; l'affidamento familiare, ex art. 4, l. 184/1983, ad una coppia omosessuale; il riconoscimento dello *status filiationis* conseguito all'estero, quando le coppie del medesimo sesso ricorrono alla fecondazione medicalmente assistita in Paesi che ammettono la doppia genitorialità. L'esigenza di tutela del minore emerge, peraltro, anche in quella giurisprudenza che, in caso di cessazione della convivenza tra coppie del medesimo sesso, riconosce sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 337 *ter* cod. civ., all'*ex partner* del genitore biologico il diritto a mantenere un rapporto significativo con i figli, secondo un calendario di incontri stabilito.



vero che con un siffatto interesse occorre confrontarsi, poiché è il nocciolo duro della questione in oggetto, ne seguono talune considerazioni.

Di contro alla scelta adottata dal legislatore, con riguardo al delicatissimo tema della filiazione, di non dare asilo al diritto dei membri della coppia omosessuale a divenire genitori, si giustappone l'opera di supplenza e, per certi versi, creatrice dei giudici⁸, che si avvalgono degli strumenti forniti dall'ordinamento al fine di garantire una copertura giuridica a situazioni di fatto, mediante la costituzione o attraverso il riconoscimento in Italia dello stato giuridico di figlio, con i relativi diritti⁹.

In generale è opportuno ricordare che la presenza di figli in famiglie omosessuali non è rara anche in altre ipotesi ove la giurisprudenza è chiamata a valutare la rispondenza della domanda, nel caso concreto, alle esigenze di tutela dell'interesse del minore. È stato riconosciuto, infatti, l'affidamento del figlio, in caso di separazione o divorzio, al coniuge divenuto omosessuale; l'affidamento familiare, *ex art. 4, l. n. 184 del 1983*, ad una coppia omosessuale; il riconoscimento dello *status filiationis* conseguito all'estero, quando le coppie del medesimo sesso ricorrono alla fecondazione medicalmente assistita in Paesi che ammettono la doppia genitorialità¹⁰.

Nel nostro ordinamento, com'è noto, possono essere ravvisati due modelli di adozione, quella legittimante, fondata sulla condizione di abbandono del minore e quella non legittimante, fondata su requisiti diversi sia in ordine alla situazione di fatto nella quale versa il minore, sia in ordine alla relazione con il richiedente l'adozione¹¹.

⁸ Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Roma, 30 luglio 2014, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 679, con nota favorevole di G. SALVI, *Omogenitorialità e adozione (in casi particolari): segnali di apertura dei giudici minorili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2015, p. 109, con nota di J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*; in *www.diritto civile contemporaneo.com.*, con nota critica di G. MIOTTO, *Stepchild adoption omoparentale e interesse del minore*; Trib. Roma, 30 dicembre 2015, in *Fam. dir.*, 2016, p. 589, con nota di A. SCALERA, *Adozione incrociata del figlio del partner e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 974, con nota di M. FARINA, *Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore (adozione incrociata da parte di una coppia di co-mamme)* e Trib. min. Roma, 23 dicembre 2015 (adozione in casi particolari a favore del compagno del padre biologico del figlio generato con GPA (gravidanza per altri) all'estero), in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2016, p. 969, con nota di M. FARINA, *In senso contrario*, v. Trib. min. Piemonte Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2016, p. 205 ss., con nota di A. NOCCO, riformata da App. Torino, 27 maggio 2016, in *Fam. dir.*, 2015, p. 822, con nota di M. FARINA. In senso favorevole all'adozione, v. Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2016, p. 1135, con commento di G. FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione, n. 12962 del 2016, ibidem*, II, p. 1213.

⁹ M. GATTUSO, *La clausola generale di equivalenza*, in G. BUFFONE, M. GATTUSO e M.M. WINKLER, *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai d.d.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5,6,7 e al d.m. 27 gennaio 2017*, Milano, p. 238 ss. ed *ivi* ampi riferimenti di dottrina e di giurisprudenza.

¹⁰ L'esigenza di tutela del minore emerge, peraltro, anche in quella giurisprudenza che, in caso di cessazione della convivenza tra coppie del medesimo sesso, riconosce sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 337 *ter* cod. civ., all'*ex partner* del genitore biologico il diritto a mantenere un rapporto significativo con i figli, secondo un calendario di incontri stabilito.

¹¹ Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, cit. Il fatto che l'assenza di stato di abbandono costituisca il presupposto comune a tutte le ipotesi contemplate dall'art. 44, si desume intanto dall'*incipit* della norma. Va inoltre tenuto presente l'art. 11, comma 1, l. n.184 ove si dice che, in relazione al minore orfano di entrambi i genitori, e privo di parenti entro il quarto grado che abbiano con lui rapporti significativi, il Tribunale per i minorenni deve dichiarare lo stato di adottabilità "salvo che esistano istanze di adozione ai sensi dell'art. 44", confermando, dunque, che la formalizzazione dei rapporti affettivi già esistenti ha carattere prioritario rispetto all'adozione



Pertanto sembra non frapporsi ostacolo alcuno a che la responsabilità genitoriale¹² venga ad essere esercitata da una coppia di genitori dello stesso sesso. Ciò in quanto, secondo la prospettiva indicata, non sembrano esserci certezze scientifiche o dati di esperienza tali da comprovare che sia dannoso, per l'equilibrato sviluppo del bambino, il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale; in altri termini l'assoluta chiusura risulterebbe essere il frutto di un mero pregiudizio, in forza del quale si dà per scontato ciò che invece è tutto da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino¹³.

(piena) a favore di una coppia di estranei. L'adozione semplice viene riguardata come strumento per garantire la continuità delle relazioni affettive del minore e renderne possibile la formalizzazione. Da questo punto di vista, osserva la S.C., essa si pone in linea di continuità con i recenti interventi normativi in tema di filiazione ed adozione. Anche la riforma della filiazione, stabilendo soltanto per il figlio l'imprescrittibilità delle azioni di impugnativa della paternità e prevedendo, invece, per gli altri legittimati un termine "tombale" di cinque anni, esprime un'opzione che "evidenzia il riconoscimento del rilievo delle relazioni instaurate e consolidate nel tempo tra genitore e figli". Ed altrettanto deve dirsi a proposito della l. n. 40 del 2004 che preclude il disconoscimento al marito che abbia dato il consenso alla fecondazione eterologa della sua compagna. In modo ancor più significativo la riforma dell'adozione ad opera della l. n. 173 del 2015 intende garantire il diritto delle bambine e dei bambini alla continuità delle relazioni affettive privilegiando l'adozione piena da parte di coloro che hanno accolto i bambini in affidamento familiare. La stessa disciplina dell'adozione in casi particolari dà rilevanza alle relazioni familiari già esistenti tra adottante e adottato. Al riguardo, la S.C. fa notare che l'art. 57, comma 3, lett. a) - nel testo sostituito dalla l. n. 149 del 2001, art. 29 - stabilisce che «il tribunale per i minorenni, al fine di verificare, oltre alla sussistenza dei requisiti normativi astratti, anche l'effettiva rispondenza dell'adozione richiesta all'interesse del minore, deve operare una specifica valutazione della 'idoneità affettiva' del genitore adottante, valutazione la quale non può che essere effettuata sulla base di una relazione preesistente adottante-minore, come tale incompatibile con una situazione di abbandono».

¹² Sul tema della responsabilità genitoriale, mi sia consentito rinviare a F. CARIMINI, *Il binomio potestà-responsabilità: quale significato?*, in *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione* a cura di R. Pane, Napoli, 2014, p. 111 ss. ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

¹³ Cass, 11 gennaio 2013, n. 601, in *Giur. it.*, 2013, c. 1038 con nota di M. WINKLER. In coerenza con questi principi, con affermazione di grande rilievo, la Corte conclude che, dato che all'adozione ex art. 44 possono accedere sia persone singole, sia coppie non sposate, «l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge, sia in astratto («da constatata impossibilità di affidamento preadottivo»), sia in concreto (l'indagine sull'interesse del minore imposta dall'art. 57, comma 1, n. 2), non può essere svolto - neanche indirettamente - dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente ed alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio partner». Questi argomenti sono stati apertamente messi in discussione da due recenti sentenze del Tribunale per i minorenni di Milano (Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016, n. 261, in www.rivistafamiglia.it, che ha negato l'adozione incrociata da parte di una coppia di mamme; Trib. min. Milano, 20 ottobre 2016, n. 268, in www.osservatoriofamiglia.it, che ha negato l'adozione da parte del compagno della madre). Tali pronunce - nella pur ampia e argomentata motivazione - si basano su un'interpretazione rigidamente letterale dell'art. 44 che non tiene conto dell'evoluzione normativa dell'istituto e soprattutto della complessiva evoluzione del diritto di famiglia, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale: così G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in www.cortedicassazione.it. L'a. sottolinea che esse si fondano su alcune premesse erranee: da un lato che anche l'adozione in casi particolari sia ammissibile solo in presenza di una situazione di abbandono, intesa, peraltro, non nel senso indicato dall'art. 8 l. adoz., ma come "grave carenza delle figure genitoriali", situazione che invece non sussiste nel caso di bambino accudito dal proprio genitore e dal suo compagno. Si tratta di una nozione di abbandono atecnica del tutto estranea al tessuto normativo della l. n. 184, dove invece la definizione di situazione di abbandono - in quanto mancanza di assistenza morale e materiale da parte dei genitori e dei parenti tenuti a provvedervi, non dovuta a causa di forza maggiore transitoria (art. 8) - ha un significato assai più ristretto. L'adozione in casi particolari, va invece ribadito con chiarezza, non presuppone come requisito necessario l'abbandono del



Pur in assenza di norme specifiche, sul piano del diritto effettivo si è pervenuti alla scelta di privilegiare il rapporto di fatto creatosi all'interno del nucleo familiare omogenitoriale tra il figlio biologico di una delle due parti della coppia e l'altra parte¹⁴. La decisione in merito alla "giuridicizzazione" del rapporto ovvero all'accoglimento della domanda di adozione in casi particolari deve essere presa dal giudice considerando preminentemente il superiore interesse del minore¹⁵. Si è giustamente affermato¹⁶ che sul tema due profili appaio-

minore. In secondo luogo il Tribunale per i minorenni di Milano ritiene che l'adozione in casi particolari a favore del compagno non coniugato della madre o l'adozione incrociata a favore delle comamme non sarebbe ammissibile dato che, anche per l'adozione in casi particolari, il modello di riferimento è costituito la famiglia tradizionale, fondata sul matrimonio. Ma questo non corrisponde al dato normativo. E' vero che il legislatore ha riservato l'adozione piena di minore abbandonato ad una coppia di coniugi, nell'assunto che sia prioritaria "l'esigenza, da un lato, di inserire il minore in una famiglia che dia sufficienti garanzie di stabilità, e dall'altro di assicurarli la presenza, sotto il profilo affettivo ed educativo, di entrambe le figure dei genitori" (Corte cost. n. 198 del 1986, e v. anche Corte cost. n. 183 del 1994). Nell'adozione in casi particolari, invece, il modello matrimoniale non è quello di riferimento. L'istituto viene costruito sulla falsariga dell'adozione tradizionale, ora riservata alle persone maggiori di età. Analoga è la disciplina dei consensi e assensi, identici gli effetti.

¹⁴ Altro elemento significativo di cui tener conto è che la genitorialità non è soltanto ed esclusivamente quella fondata sul legame genetico. Da un lato, attraverso la procreazione assistita di tipo eterologo, ora ammessa nel nostro ordinamento in seguito all'intervento della Corte costituzionale (Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in www.cortecostituzionale.it) che ha dichiarato illegittimo il divieto, nei casi di infertilità si può divenire genitori senza aver dato il proprio contributo genetico, ma con l'apporto di un donatore esterno alla coppia. D'altro lato, si afferma, specialmente nelle attuali famiglie allargate o ricomposte, e trova riconoscimento da parte della giurisprudenza la figura del "genitore sociale", che si prende cura del minore in senso morale e materiale, svolgendo un ruolo genitoriale e costituendo per il minore una persona significativa di riferimento affettivo ed educativo. La scissione tra filiazione genetica e filiazione giuridica, prima riscontrabile solo nell'istituto dell'adozione, diviene il risultato di un più ampio processo evolutivo al quale contribuiscono anche le nuove tecniche di riproduzione assistita e da cui non si può prescindere nell'affrontare il tema qui oggetto di esame. La forte sensibilità giuridica e morale che emerge dalla legge di riforma della filiazione, la quale pone al centro del rapporto genitori-figlio l'interesse di quest'ultimo ad un'equilibrata crescita e a un sano sviluppo psicofisico, proclamando, da un lato, i suoi diritti tra cui, principalmente, il diritto all'amore, e configurando, dall'altro, in luogo della potestà, la responsabilità genitoriale, deve orientare e guidare anche nella materia in esame. In particolare, si dovrà privilegiare la soluzione che assicuri al minore la stabilità delle relazioni affettive e il calore familiare di cui ha bisogno indispensabile nel suo processo di formazione.

¹⁵ Così come previsto all'art. 57, commi 1 e 2, l. n. 184 del 1983, e, più in generale, per ogni procedimento o atto concernente il minore, nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (v. art. 3, comma 1), resa esecutiva in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, e nella Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 24, comma 2). L'adozione in casi particolari ha trovato fondamento nelle recenti pronunce dei giudici sulla lett. a), comma 1, dell'art. 44 della legge sull'adozione, attraverso un'interpretazione estensiva della disposizione normativa. Presupposto richiesto per l'applicazione della norma è "l'impossibilità di affidamento preadottivo", che, originariamente, si riferiva a situazioni di impossibilità di fatto legate a particolari condizioni fisiche, psichiche, di età (minore quasi maggiorenne) degli adottandi in stato di abbandono per i quali fosse stata dichiarata l'adottabilità. Secondo l'interpretazione ora seguita, invece, l'impossibilità di affidamento preadottivo viene intesa anche quale impossibilità giuridica, come tale riscontrabile in tutti i casi in cui manchi la situazione di abbandono del minore perché convivente con il proprio genitore e da esso assistito moralmente e materialmente. La "forzatura" interpretativa risponde all'esigenza di ampliare l'ambito di applicazione dell'istituto, distanziandolo maggiormente dai rigorosi requisiti richiesti per l'adozione piena, anche in ragione degli effetti più limitati che da esso derivano. L'adozione in casi particolari, infatti, non si sostituisce, ma si si aggiunge al rapporto di filiazione originario che permane. È pertanto richiesto l'assenso dei genitori dell'adottando e, quindi, anche dell'altro genitore, se esiste, estraneo alla coppia omosessuale, il cui eventuale rifiuto non potrà essere superato ove eserciti la responsabilità genitoriale (art. 46, commi 1 e 2). V., A. BELLELLI, *La filiazione nella coppia omosessuale*, in www.altalex.com.



no fondamentali: quello del diritto del minore alla famiglia¹⁷ da un lato, e quello del diritto di ascolto del minore e di coloro i quali partecipano alla comunità familiare. Il diritto alla famiglia ed il diritto di ascolto¹⁸ sono due conquiste che la disciplina dei rapporti familiari ha raggiunto già da tempi relativamente recenti, e che si sono sviluppati in maniera molto positiva in special modo in tema di adozioni in casi particolari. Sí che, come si è avuto modo di constatare anche da parte dei giudici per i minori si è assistito a qualche “forzatura”, nel senso che essi hanno tenuto conto *in primis* dell’interesse superiore del minore rispetto a soluzioni di natura formale: v’è la coscienza che il minore, in tutte le vicende che lo riguardano, va tutelato a tutto campo, tanto che i suoi interessi sono destinati a prevalere anche su quelli degli stessi genitori¹⁹.

Preliminare, rispetto al tema, è porsi l’interrogativo sulla genitorialità in sé per sé considerata. Ed allora risulta estremamente chiara la circostanza che l’essere genitori è un desiderio; un desiderio legittimo, apprezzabile, condivisibile appieno. Il divenire padre o madre costituisce forse l’esperienza piú coinvolgente, profonda, e definitiva della vita umana, rappresentando un legame destinato a durare per sempre. È un bisogno umano. Come l’amore, la salute, l’amicizia, il sentirsi sostenuto. Non v’è difficoltà alcuna a comprendere che qualsiasi uomo o donna possa avvertire la necessità di dare la vita e di crescere dei figli. Se ciò è vero, tuttavia è altrettanto vero che la genitorialità non può essere letta in chiave di diritto. In altri termini questo bisogno umano profondo, che è parte integrante della persona in quanto tale, va rispettato, tutelato nonché garantito ma sempre nella consapevolezza che non si tratta di un diritto. E non è questa una considerazione limitata alle coppie omoaffettive, pare infatti, nella medesima logica, da riferire pure alle coppie eterosessuali, sí che, vi sarebbe la necessità di guardare con una certa prudenza anche le moderne tecniche di fecondazione assistita.

Detto ciò, conseguentemente, il “divieto” legislativo va, *in primis*, interpretato al di là di ogni spirito polemico. Non si tratta, come invece evidenziato da molti, di disconoscere l’idea della genitorialità delle persone omosessuali e/o transessuali, sulla convinzione che essi siano inidonei a crescere dei figli. Si tratta tuttavia di porre a confronto due interessi che si trovano a convivere, quello della coppia desiderosa di crearsi una famiglia con prole e

¹⁶ P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, a cura di R. Pane, Napoli, 2017, p. 250. V., in tema, altresí, G. RECINTO, *La genitorialità tra favor legitimitatis, veritatis e affectionis*, *ivi*, p. 61 ss.

¹⁷ V., con riguardo al diritto del minore ad essere amato ed avere una famiglia, C.M. BIANCA, *La filiazione: bilanci e prospettive a trent’anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, a cura di G. Frezza, Milano, 2005, p. 95 ss.; ID., *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, 5° ed., Milano, 2014, p. 335 ss.; P. SIRENA, *Il diritto del figlio minorenne di crescere in famiglia*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Padova, 2015, p. 119 ss.

¹⁸ L’ascolto del minore, potenziato dalla riforma della filiazione (v., in particolare, art. 315 *bis*, comma 3, l. n. 219 del 2012), svolge un ruolo importante in quanto consente al giudice di esaminare il rapporto concretamente istaurato dal punto di vista del diretto interessato, il quale ha il diritto di essere ascoltato se ha compiuto i dodici anni anche se di età inferiore purchè capace di discernimento. Qualora il minore abbia raggiunto il quattordicesimo anno di età, è inoltre richiesto il suo consenso all’adozione (art. 45, comma 1, l. ad.). L’adozione in casi particolari risulta quindi funzionale al riconoscimento giuridico dei diritti del figlio nei confronti del *partner* del proprio genitore che svolga esso stesso un ruolo genitoriale, pur non essendo legato da vincoli genitoriali.

¹⁹ P. PERLINGIERI, *o.l.u.c.*



quello del minore²⁰. Nella valutazione e comparazione di siffatti interessi non è possibile escludere aprioristicamente che essi possono anche risultare tra loro confliggenti ed allora, in questo caso, non può non prevalere a tutto campo la tutela del secondo a fronte della soccombenza del primo. Sotto il profilo indicato va posto in rilievo che una legislazione a maglie strette in materia potrebbe forse creare seri problemi sotto il profilo della tutela effettiva; meglio appare la scelta di una normativa per principi, sí che caso per caso potrà essere rintracciata la soluzione piú aderente all'ipotesi concreta.

Se è vero come è vero che la persona umana non conosce limiti, che ad essa va accordata la piú ampia tutela, è altresí indubbio che essa conosce limiti posti nell'interesse di un'altra persona. Ed è questo il punto, la chiave di volta della questione che ci troviamo ad affrontare.

La problematica della genitorialità non può essere affrontata in chiave di diritto, semmai in chiave di libertà. Poiché a differenza del diritto (che esprime comunque un interesse egoistico ed individuale) la libertà evoca la nozione di responsabilità. La libertà responsabile è quella che non può non essere esercitata nel rispetto di altre libertà. Conseguentemente, la particolare attenzione nei confronti del minore, che non è piú considerato «oggetto», ma «soggetto», suggerisce la concreta attuazione, oltre che il rispetto, della sua dignità e della sua attitudine²¹.

²⁰ R. PICARO, *Famiglie e genitorialità tra libertà e responsabilità*, in *Quaderni di diritto delle successioni e della famiglia*, Napoli, 2017, *passim* ed *ivi* ampia bibliografia.

²¹ È un punto sul quale bisogna riflettere nella consapevolezza che le soluzioni proposte non possono non avere riguardo alle peculiarità delle singole situazioni, per cui ogni fatto è un fatto a sé; l'auspicio è quello di individuare, sistematicamente ed assiologicamente, volta per volta il rimedio piú ragionevole e piú adeguato, tenuto conto che il principio di eguaglianza, al quale troppe volte si fa riferimento, non esclude quello di differenziazione se (per ipotesi) in concreto dovessero sussistere i presupposti per una differenziazione.



ANCILLARY COPYRIGHT AND LIABILITY OF INTERMEDIARIES IN THE EU DIRECTIVE PROPOSAL ON COPYRIGHT

GIOVANNI MARIA RICCIO – GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE*

SUMMARY: 1. COPYRIGHT IN THE DIGITAL SINGLE MARKET AND THE NEW RELATED RIGHT OF THE PUBLISHERS OF PRESS PUBLICATIONS (Article 11). The proposal for a directive on copyright in the digital single market. – 1.1. Newspaper publishers as beneficiaries of the new related right. – 1.2. The definition of “press publication”. – 1.3. Journalistic articles as protected works. – 1.4. Publishing market and return on investments. – 1.5. Rights of the authors and new related rights of the publishers. – 1.6. Causes of failures in the publishing market. – 1.7. Online publishers’ investments and remuneration of the authors. – 1.8. Control of online contents and new intellectual property rights. – 1.9. Freedom and pluralism of information. – 2. PROTECTION OF ONLINE CONTENTS AND THE LIABILITY OF INTERMEDIARIES (Article 13). Article 13 of the proposed directive. – 2.1. Economic justifications. – 2.2. Protection of online contents. – 2.3. Storage and availability of large repertoires of works and measures to guarantee licensing agreements. – 2.4. Monitoring obligation of contents and ISPs liability. – 2.5. EU digital copyright at the crossroads: incentive or obstacle to innovation?

1. The Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market presented on 14 September 2016 by the European Commission¹ is based on two fundamental assumptions:

- To ensure a high level of copyright protection in the territory of the European Union that will have the effect of encouraging innovation and the creation of new works, and facilitate the promotion of a common European cultural heritage²;

- The spread of the Internet and digital technologies requires new measures to ensure that rightholders more easily obtain equitable remuneration for all productive activities related to the development of access services and the sharing of contents with respect to the so-called Web 2.0.

In the proposal directive’s introductory report, the Commission states that “The evolution of digital technologies has led to the development of new business models, and it has strengthened the role of the Internet as the main market for distribution and access to contents protected by copyright. In the new context, rightholders encounter difficulties when

* This paper, although conceived jointly, must be attributed as follows: G.M. Riccio, paragraph 1, G. Giannone Codiglione paragraph 2.

¹ COM(2016) 593 final.

² See Recital no. 2 of the proposed directive: “The directives which have been adopted in the area of copyright and related rights provide for a high level of protection for rightholders and create a framework wherein the exploitation of works and other protected subject-matter can take place. This harmonised legal framework contributes to the good functioning of the internal market; it stimulates innovation, creativity, investment and production of new content, also in the digital environment. The protection provided by this legal framework also contributes to the Union’s objective of respecting and promoting cultural diversity while at the same time bringing the European common cultural heritage to the fore”. With reference to previous legislation, Recital no. 4, Directive 2001/29/EC and nos. 2 and 3, Directive 2004/48/EC.



they try to grant a licence and to get paid for the online distribution of their works, which could jeopardise the development of European creativity and the production of creative contents. It is, therefore, necessary to ensure that authors and rightholders receive a fair share of the value generated by the use of their works and other material. From this perspective, this proposal provides for measures to improve the position of rightholders at the time of negotiation and remuneration for the use of their property contents by online services providing access to contents uploaded by users.”

The consultation process that led to the official publication of the proposal directive was conducted in 2013-2014 and gathers the opinions of the following categories of stakeholders:

- Consumers and users;
- Public and research entities;
- Authors/interpreters or agents representing authors/interpreters;
- Publishers/producers and issuers;
- Intermediaries or information society service providers;
- Society of authors and publishers (collecting societies);
- Public Authorities;
- 11 Member States.

The proposal then considers the European Parliament’s opinion as expressed in its resolution on the implementation of the Copyright Directive in the information society³ and the conclusions adopted by the European Council at its meeting on 25 and 26 June 2015⁴.

Within this framework, the Commission outlines a strategy in the proposed directive that is developed through three types of action:

- Updating the system of exceptions and restrictions on copyright in the field of education, text and data mining for scientific research and preservation of cultural heritage;
- Ensuring sustainability in journalistic publishing with the introduction for publishers of a new right to facilitate online licensing for publications, the recovery of investment, and the respect of the rights;
- Promoting greater transparency about the proceeds derived from the use of contents protected by copyright in the digital field, with measures to establish more balanced contractual relationships between the authors and the parties who used the works.

With respect to this last aspect, the communication Towards a modern and more European legal framework on copyright⁵ of 9 December 2015, the Commission notes that the current EU copyright rules cannot “ensure fair distribution of the value generated by some of the new forms for distribution of contents, especially when rightholders cannot establish the conditions for granting licences and cannot negotiate on a fair basis with potential users.”

³ Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules (http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyrightrules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf).

⁴ Resolution of the European Parliament of 9 July 2015 on the implementation of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (2014/2256(INI)).

⁵ COM(2015) 626 final.



Among the possible causes of this phenomenon, the Commission raises three critical issues:

- The vagueness of the definition of the rights of “communication to the public” and of “making available” that govern the use of contents protected by copyright in digital transmissions. These questions create uncertainty in the market, and they put into question the ability of these rights to transpose into the online world the basic principle of copyright that acts of exploitation need to be authorised and remunerated.
- The question of whether the current set of rights recognised in EU law is sufficient and well-designed. For news aggregators, the Commission notes solutions have been attempted in certain Member States, but they carry the risk of more fragmentation in the digital single market.
- The issue of fair remuneration of authors and performers, who can be particularly affected by differences in bargaining power when licensing or transferring their rights.

1.1. As noted, the reform proposal put forward by the European Commission focuses on the problems relating to the fair remuneration of authors and rightholders, and in the preparatory phase, the Commission adopted a negative position with respect to the introduction of new exclusive rights, but at the same time it focused its efforts on a category of persons other than the author of the work or artists, interpreters, and performers protected by the so-called InfoSoc directive (2001/29/EC).

Article 11 of the proposal directive gives newspaper publishers a new category of related rights relating to the reproduction of and the public’s access to press publications in digital form.

The following elements distinguish the proposed measure for publishers:

- ownership is vested with the providers who periodically or regularly offer any information or entertainment services through any media;
- [the rights] have a term of 20 years;
- it acknowledges the application of exceptions in the area of criticism and news gathering;
- [the rights] must not limit the prerogatives of the authors of the articles [Article 11(2)]⁶;
- it distributes the fair compensation between publishers, authors, and collective management bodies [Article 12];
- the content is the same as that relating to the rights of reproduction, communication, and release to the public referenced in Articles 2 and 3(1) of the InfoSoc Directive;
- it does not include the mere act of providing a hyperlink, in the sense that it would not generally represent an act of communication to the public.

⁶ “The rights referred to in paragraph 1 shall leave intact and shall in no way affect any rights provided for in Union law to authors and other rightholders, in respect of the works and other subject-matter incorporated in a press publication. Such rights may not be invoked against those authors and other rightholders and, in particular, may not deprive them of their right to exploit their works and other subject-matter independently from the press publication in which they are incorporated”.



With regard to the concept of communication to the public, the problem raised by the Commission during the debate (COM(2015) 626 final) appears to be resolved in the proposal following the interpretations provided by the European Court of Justice in the cases *Svensson* and *BestWater*⁷, where the Court affirmed that making available, on a web page, links to contents available free of charge on another site would not constitute a “significant act for copyright purposes”.

In the documents evaluating the impact of the proposed directive⁸, the Commission points out that “this intervention would not change the legal status of hyperlinks in EU law as it takes from the case-law of the CJEU according to which the ‘provision on a website of clickable links to works legally available on another website’ does not constitute a copyright relevant act. (...) In summary, the main implications of this option would affect online services providers which are not inserted easily for the reuse of publishers’ content today when they should in principle do so, pursuant to copyright law. Therefore, neither the services which today have agreements with publishers nor new entrants in this market would be negatively affected in terms of additional costs or fees. As indicated in the description of the options, the introduction of a new related right for press publishers would not alter the scope of the right of making available to the public. Therefore, the question whether certain uses, including hyperlinking and browsing, are now copyright relevant under EU law, would not be affected by this option”.

The decision to include newspaper publishers as the holders of rights of reproduction and communication to the public appears to contrast with the provisions of Article 2, InfoSoc Directive, and above all, with the interpretation of said article provided by the Court of Justice⁹.

In fact, according to the cited article, publishers are not on the list of beneficiaries of the right of reproduction. Instead, the following are considered to be holders of this right:

- a) the authors, with regard to their works;
- b) artists, interpreters, or performers;
- c) producers of phonograms;
- d) producers of the first prints of a film;
- e) television and radio broadcasters.

By virtue of this precise decision by EU legislators, the Court of Justice ruled that the collecting societies cannot automatically collect a portion of the fair remuneration paid to authors for reprography and private copying [Article 5(2)(a) and (b) InfoSoc Directive].

⁷ EU Court of Justice, 13 February 2014, C-466/12, *Nils Svensson and others v. Retriever Sverige AB*, Digital file, 2014; EU Court of Justice, Ord. 21 October 2014, C-348/13, *BestWater International GmbH. v. Michael Mebes and Stefan Potsch*, Digital file, 2014.

⁸ Commission Staff Working Document Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules Governing the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, SWD(2016) 301 final, part 1/3, Brussels, 14.9.2016, pp. 162 and 169.

⁹ See European Copyright Society, *Answer to EC Consultation on the role of publishers in the copyright value chain*, 15 June 2016, (<https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2016/06/ecs-answer-to-ec-consultation-publishers-role-june16.pdf/>); HILTY – KOKLU – MOSCON, *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the “Public consultation on the role of publishers in the copyright value chain”*, 15 June 2016, (<http://www.ip.mpg.de/en/research/research-news/position-statement-public-consultation-on-the-role-of-publishers-in-the-copyright-value-chain-1.html/>).



“Since, on the one hand, the fair compensation, due on the basis of the exception for reprography and the exception for private copying, is intended, as indicated in point 36 of this ruling, to compensate the damage suffered by rightholders due to the reproduction of their works without their authorisation and, on the other hand, publishers are not holders of the exclusive reproduction right under Article 2 of Directive 2001/29, the latter do not suffer any damage under these two exceptions. Therefore, they cannot benefit from compensation for the above exceptions when such benefit would result in depriving the holders of the right of reproduction of all or part of the fair compensation to which they are entitled by virtue of said exceptions”.¹⁰

1.2. Article 2(4) of the proposal introduces a specific definition of “press publication” referring also to «other works or subject-matter, which constitutes an individual item within a periodical or regularly-updated publication under a single title, such as a daily newspaper or a general or special-interest magazine, having the purpose of providing information related to news or other topics, and published in any media under the initiative, editorial responsibility and control of a service provider».

This definition includes:

- literary or journalistic works¹¹ excluding scientific or academic articles¹²;

- periodic publications or publications under the same title,

as long as they are:

- effected through any media;

- for the purpose of general or specialist information example newspapers, general magazines or magazines dedicated to a specific sector; üü directed under editorial responsibility of a service provider.

Article 2(4) of the proposed directive thus guarantees broad protection, embracing any type of work of a journalistic nature reproduced and distributed by a recognized press outlet through any type of media.

The new related right is limited from three distinct perspectives:

- it refers only to providers who fall within the notion of editorial responsibility;

- it does not apply to scientific publications;

- it does not extend to activities compatible with the system of exceptions and limitations for research, study, commentary, criticism and news gathering or in cases of temporary reproduction [Articles 5(1) and (3), letter a), c), d), InfoSoc Directive].

¹⁰ EU Court of Justice, 12 November 2015, C-572/13, *Hewlett-Packard Belgium SPRL v. Reprobel SCRL*, Digital file, 2015, para. 48.

¹¹ See Recital no. 33: “For the purposes of this Directive, it is necessary to define the concept of press publication in a way that embraces only professional journalistic publications, published by a service provider, periodically or regularly updated in any media, for the purpose of informing or entertaining and whose credibility for the public relies to a certain extent on their specific brand name. Such publications would include, for instance, daily newspapers, weekly or monthly magazines of general or special interest and news websites”.

¹² Recital no. 33: “Periodical publications which are published for scientific or academic purposes, such as scientific journals, should not be covered by the protection granted to press publications under this Directive. This protection does not extend to acts of hyperlinking, or to the text fixating the hyperlink, where such acts do not constitute communication to the public under Directive 2001/29/EC”.



1.3. Article 2(4) of the draft directive, therefore, proposes that the copyright rules protect all works of an informative (but non-scientific) nature as intellectual works.

This principle is not compatible with the current regulatory framework, especially with regard to interpretations provided by EU case law.

In the *Infopaq I* case¹³, for example, the Court has theoretically recognized the protection of press articles such as literary works only where the originality requirement connotes them: “with regard to newspaper articles, their author’s intellectual creation, as referred to in point 37 of this ruling, is normally evidenced by the way in which the person is presented and the linguistic expression. In the main proceedings, moreover, it is common ground that newspaper articles, as such, are literary works covered by Directive 2001/29 (...) That being so, given the requirement of a broad interpretation of the scope of the protection conferred by Article 2 of Directive 2001/29, the possibility may not be ruled out that certain isolated sentences, or even certain parts of sentences in the text in question, may be suitable for conveying to the reader the originality of a publication such as a newspaper article, by communicating to that reader an element which is, in itself, the expression of the intellectual creation of the author of that article. Such sentences or parts of sentences are, therefore, liable to come within the scope of the protection provided for in Article 2(a) of that directive.”

The requirement of originality for the protection of journalistic works is also confirmed by the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works¹⁴:

- First, it establishes the free circulation of “news of the day” or “to miscellaneous facts having the character of mere items of press information” [Article 2(8)];

- Second, it recognizes the right to quote “from a work which has already been lawfully made available to the public, provided that their making is compatible with fair practice, and their extent does not exceed that justified by the purpose, including quotations from newspaper articles and periodicals in the form of press summaries” and that their sources and author are cited [Article 10].

The framework for freely developing news gathering activities, including in digital format and accessible electronically, has been confirmed by the Court of Justice in *Infopaq II*¹⁵. The Court has, in fact, admitted the news gathering activities carried out through the data capture of 11 words in digital format, since preparing summaries of press articles, although not expressly authorised by the rightholders, is not restricted by Union law, and thus represents “a legitimate use of a work or other materials”, provided however that it does not modify the work and that it does not allow for obtaining a profit that goes beyond that derived from the lawful use of the protected work.

On another case¹⁶, the Court found that the user computer’s on-screen copies and the cached copies, which were created during the consultation of a website that supplied

¹³ EU Court of Justice, 16 July 2009, C-5/08, *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, ERC, 2009, I-06569, Paragraphs nos. 44 and 47.

¹⁴ VAN EECHOU, *A publisher’s intellectual property right*, January 2017, (<https://www.ivir.nl/publishers-intellectual-property-right/>).

¹⁵ EU Court of Justice, Ord. 17 January 2012, C-302/10, *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, (*Infopaq II*), Digital file, 2012.

¹⁶ EU Court of Justice, 5 June 2014, C-360/13, *Public Relations Consultants Association Ltd v. Newspaper Licensing Agency Ltd e al.*, Digital file, 2014.



the monitoring reports for press reports published on the Internet and prepared on the basis of key words supplied by the clients, can be made without the authorisation of the copyright holders, as they satisfy the criteria of being temporary, transient, and incidental, and they constitute an integral and essential part of a technological process, and they are not in contrast with the requirements of Article 5(5), InfoSoc Directive. Following the logic implicitly expressed in the *Infopaq* I and II cases, the legality of direct access by the user is then balanced by the obligation on the publisher of the web pages to negotiate with the rightholders and to obtain the authorizations necessary to make such contents available to the public.

1.4. In the recitals and the documents accompanying the proposed directive, the Commission justifies the decision to assign to newspaper publishers a new right connected to all types of work of a journalistic nature, by offering two distinct arguments:

- Publishers need to receive fair remuneration for investments incurred in carrying out their business activities, just as the list of persons benefiting from copyright had been extended in the past to producers of phonograms and audio-visual works or to broadcasters¹⁷.

- In the context of the information society services, publishers find it difficult to conclude licence agreements about journalistic contents¹⁸.

1.5. The related right provided for in the proposed directive overlaps (and indeed incorporates) the already existing exclusive right granted to the authors of the original journalistic works, with clear impact at an economic level of the fair remuneration guaranteed to the authors as remuneration for the creation of useful works.

The recognition of copyrights or royalty rights should be the main function to encourage the production of new works and not to take away part of that compensation by allocating it to persons who are positioned in a phase different from the one that is genuinely creative.

¹⁷ Recital no. 32: “The organisational and financial contribution of publishers in producing press publications needs to be recognised and further encouraged to ensure the sustainability of the publishing industry. It is therefore necessary to provide at Union level a harmonised legal protection for press publications in respect of digital uses. Such protection should be effectively guaranteed through the introduction, in Union law, of rights related to copyright for the reproduction and making available to the public of press publications in respect of digital uses”. The Commission Staff Working Document Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules also affirms that: “This option would ensure that the creative and economic contribution of press publishers (such as newspaper and magazine publishers) is recognised and incentivised in EU law, as it is today the case for other creative sectors (film and phonogram producers, broadcasters)”.

¹⁸ Recital no. 31: “A free and pluralist press is essential to ensure quality journalism and citizens’ access to information. It provides a fundamental contribution to public debate and the proper functioning of a democratic society. In the transition from print to digital, publishers of press publications are facing problems in licensing the online use of their publications and recouping their investments. In the absence of recognition of publishers of press publications as rightholders, licensing and enforcement in the digital environment is often complex and inefficient”.



In fact, as is clear from the reading of accompanying documents, the new right related to the publishers serves the purpose of increasing the sums due from online information aggregators and, more generally, from providers offering information intermediation services to restore traditional publishing companies' position of filtering and strength in relationships between authors/journalists and consumers/users.

The Commission Staff Working Document Executive Summary of the Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules furthermore states that “The introduction of a related right strike of press publications is not expected to generate higher contracting fees for online service providers which already concludes concluded briefly specifically the use of digital news content. It would only imply costs for those online services providers which are not inserted easily for the reuse of publishers' content today when they should in principle do so, namely to copyright law.”

The “pie” of the fees for the use of a certain editorial content, which are intended for authors by virtue of the exceptions of reproduction and private copying, would thus be sliced, with a large “piece” going to the publishers. These sums would then be rounded out by the proceeds already intercepted by publishers as licence holders of the rights on press articles¹⁹.

It is clear that this will have a negative impact on those who are obliged to negotiate the licences for use of the contents: the “duplication” of copyright on journalistic contents may lead to situations of uncertainty and confusion, with the need to redefine contractual relations with the various holders²⁰.

1.6. The European Commission argues that the vital function of disseminating content carried out by providers such as search engines or social media platforms deprives publishers of an important portion of advertising revenue.

In most cases, users would make use of digital information by viewing summaries or partial reproductions of the articles through direct access to web pages offered by intermediaries, without consulting the websites directly managed by the publishers.

According to data released by the Commission²¹, “In 2016, social media (22%), news aggregators (14%) and search engines (21%) are, taken together, the main way to read news online for 57% of users in the EU. The relation between them online services and press publishers is complex. On the one hand, they increase the visibility of press content and bring new traffic – and thus advertising revenues—to newspaper websites. According to a recent study covering FR, DE, UK, and ES, 66% of visits to newspapers' websites consist in referral traffic, i.e. traffic channelled by other online services, the total value of which has been estimated to be €746 million in the 4 MS considered. On the other hand, 47% of consumers browse and read news extracts on these websites without clicking on links to access

¹⁹ GEIGER – BULAYENKO – FROSIO, *Opinion of the CEIPI on the European Commission's copyright reform proposal, with a focus on introduction of neighbouring rights for press publishers in EU law*, 28 November 2016, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2921334/).

²⁰ BENTLY, *Call For Views: Modernising the European Copyright Framework*, 5 December 2016, (<http://www.iposgoode.ca/wpcontent/uploads/2016/12/IPOModernisingIPProfResponsePressPublishers.pdf>)

²¹ Staff Working Document Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules, 157.



the whole article in the newspaper page, which erodes advertising revenues from the newspaper web pages.”

This assumption, based on the regulatory action proposed by the Commission, seems to be disproved by an interpretation of the empirical data produced from recent studies, which, on the contrary, demonstrates the importance of the role played by intermediaries in the growth of incoming Internet traffic to the publishers’ pages, with an increase in the revenues in relation thereto.

Based on an econometric analysis of 66 journalistic newspapers operating in the digital and paper sector in France, Germany, Spain and Great Britain during the period between 2011 and 2013, a recent research by Deloitte²² shows that the activities carried out by information society intermediaries ensure publishers an increase in incoming traffic of approximately 10%, which is linked to revenue growth ranging between 0.64% and 0.42%.

The same studies also clearly indicate how the transition to digital publishing that is adapted to both the development of the web and user needs has been a factor significantly affecting the economic viability of journalistic publications.

This phenomenon entails the change in forms of earnings correlated to the use of online contents and the natural attenuation of those “traditional” assumptions of income from advertisements with respect to data related to paper printing.

According to the report published by PWC²³, “A third trend is the change in advertising that has come about through digitisation. In contrast to offline advertising, which has seen flat or limited growth since 2003, online advertising has grown at an average of more than 30 percent annually over the past 10 years. Newspaper and magazine publishers have been hit hard by this transition. Between 2003 and 2013, their overall revenues decreased by 17 percent across Europe, to €53.7 billion. The reasons for this development are as varied as demographic changes, an abundance of news content on the Internet, and usage shifts already at work for the past several decades. And although display advertising on print-related Internet sites today represents a sizable category, bringing in almost €1.8 billion in 2013, this form of advertising will not make up for the drop in overall revenue in the short term.”

1.7. According to the Commission, the new related right should protect the economic efforts of publishers in the activities of assembling, editing, and in general, investing in the journalistic contents sector.

The Commission Staff Working Document Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules noted that “EU copyright law recognises and incentivises the economic and creative contribution of film producers, phonogram producers, and broadcasting organisations by granting them related rights. Publishers across different sectors also play an important role in assembling, editing and investing in content. However, today,

²² DELOITTE, *The impact of web traffic on revenues of traditional newspaper publishers A study for France, Germany, Spain, and the UK*, March 2016, (<https://www2.deloitte.com/uk/en/pages/technology-media-and-telecommunications/articles/the-impact-of-web-traffic-on-revenues.html/>).

²³ PWC, *The impact of digitization and the Internet on the creative industries in Europe*, 2015, (<https://www.strategyand.pwc.com/media/file/The-digital-future-of-creative-Europe-2015.pdf/>).



despite playing a comparable role in terms of investments and contributing to film and phonogram producers' creative process in their respective industries, publishers are not identified as rightholders under EU copyright rules.”

The decision to make the position of publishers equal to that of music and film producers does not, however, consider the impact that digitisation processes have produced on the online publishing companies' operating costs in terms of efficiency and savings, if compared to the management models of traditional paper publishing²⁴.

The data show that digitalisation has significantly reduced the operating costs incurred by publishing companies, which has a different impact with respect to the situation of film and musical producers, who enjoy the benefits of the web in terms of reducing the costs of distributing the works produced, but who are still obliged to bear substantial costs relating to the purchase and management of the technical infrastructure necessary to carry out their activities.

According to Oliver & Ohlbaum Associates Ltd and Analysys Mason²⁵, “With better access to audiences, and potentially a greater share of consumer spending flowing back to them, creators and publishers are investing more in content than ever before. This investment has led to more games, TV shows and books being published, as well as increasing production values, which drive up quality. But it has also allowed niche projects to thrive, which the Internet's global audience makes financially viable, in a way that traditional intermediaries could not.”

Moreover, the new related right of publishers overlaps with rights already recognised by the EU law protecting publishers of databases (Article 7, Directive 96/9/EC)²⁶ and, still runs counter to the general rules on the protection of competition, which fulfil their function of protecting investments made by a market operator in order to create, organise, and maintain a specific aggregate of digital information, preserving the competitive advantages thereof²⁷.

²⁴ European Copyright Society, *Answer to EC Consultation on the role of publishers in the copyright value chain*, cit.

²⁵ Oliver & Ohlbaum Associates Ltd and Analysys Mason, *The impact of the internet and digitalization on the European creative sector*, April 2017, (http://www.analysismason.com/contentassets/1d5ef0ca8ee3445ab5f64fad4888757e/analysys_mason_the_impact_of_the_internet_on_the_creative_industries_apr17.pdf).

²⁶ Recital nos. 39 and 40, Directive 96/9/EC affirm that “in addition to aiming to protect the copyright in the original selection or arrangement of the contents of a database, this Directive seeks to safeguard the position of makers of databases against misappropriation of the results of the financial and professional investment made in obtaining and collection the contents by protecting the whole or substantial parts of a database against certain acts by a user or competitor (...) the object of this sui generis right is to ensure protection of any investment in obtaining, verifying or presenting the contents of a database for the limited duration of the right; whereas such investment may consist in the deployment of financial resources and/or the expending of time, effort and energy”.

²⁷ GEIGER – BULAYENKO – FROSIO, *Opinion of the CEIPI on the European Commission's copyright reform proposal, with a focus on introduction of neighbouring rights for press publishers in EU law*, cit.; BENTLY, *Call For Views: Modernising the European Copyright Framework*, cit.; European Copyright Society, *Answer to EC Consultation on the role of publishers in the copyright value chain*, cit.; VAN EECHOU, *A publisher's intellectual property right*, cit.



1.8. Another argument against introducing new forms of legal protection is that publishers' productive investments are rendered sufficiently effective by various types of technical control and limitation of the contents published online.

From technological protection measures to the so-called “bots”, publishers can still effectively restrict the use of their contents by other service providers in the information society.

Such forms of technical regulation of access have decisively influenced legal rules, such as links to contents posted on web pages managed by third parties. In such cases, it has been established that access is free through links to the contents initially published on the web without restriction, as it is assumed that those who put them online have given their consent.

The web-automated navigation procedures through software agents (so-called “bots”) that identify and explore the URLs of certain pages and subsequently copy/extracted information that activates or updates search-engine databases and indices, can be prohibited, in whole or in part, by the operators of the source pages through the loading of simple text files containing exclusion protocols (so-called “robot.txt”). Such text files ensure interaction with the software agents and provide them with rules about the areas and the contents that can be subject to crawling, fetching (i.e. the actual copy of the source page before mining) and scraping. The doctrine of the so-called implied licence is based on the fact that the owner of the work has not explicitly prevented access to the contents through links and, furthermore, that the publication of a work on the Internet in such a manner is based on the willingness to make the work accessible to as many users as possible, an effect that is certainly ensured by the activities carried out by search engines²⁸.

On the other hand, the “creation” of a new related right does not guarantee the automatic transfer of wealth from Internet service providers to publishers.

For example, both Germany and Spain have acted in advance with respect to the plans of EU lawmakers by adopting a number of similar measures that have produced different effects than those expected, such as the closing of the national news aggregation services (in Spain) or de-indexation of any activity directly or indirectly referable to contents falling under the new protection system²⁹.

²⁸ On the matter see LEISTNER, *The German Federal Supreme Court's Judgment on Google's Image Search – A Topical Example of the “Limitations” of the European Approach to Exceptions and Limitations*, IIC, 2011, 417; JULIA-BARCELO, *On-line intermediary liability issues: comparing E.U. and U.S. legal frameworks*, EIPI, 2000, 116; STROWEL, *Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet. A propos des hyperliens*, *Auteurs & Media*, 1998, 297; STANGRET, *The legalities of linking on the world wide web*, 2 *Comm L* 202 (1997).

²⁹ In Italy, Article 101 of Law no. 633/1941 (Protection of the Copyright and Other Rights Related to Its Exercise) also refers to the exceptions concerning the exploitation of protected newspaper articles as creative works in accordance with Article 12 of Law no. 633/1941 by introducing a right related to news and information in a “raw” format with a marked competitive pattern. As widely known, Italian copyright law protects newspapers and magazines as collective works (Articles 3, 38-43 of Law no. 633/1941). In this context, Article 101 of Law no. 633/1941 states that “the reproduction of information and news shall be lawfully provided that it is not carried out by the use of acts in contrast with the honest uses of journalistic material, and provided that the source is cited,” specifying that the following are considered illegal acts: “a) the reproduction or broadcasting, without authorisation, of information bulletins distributed by press or information agencies, before 16 hours have elapsed since the issuance of the bulletin, and in any event, prior to their publication in a newspaper or other periodical, which has been given the authorisation by the agency; to this



The legislative measures were adopted in Germany in 2013 (*Achtes Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes* of May 7, 2013³⁰) and in Spain in 2014 (*Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*³¹).

In relation to these reforms, the Commission pointed out in the Staff Working Document Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rule that there is no direct link between the recognition of new rights and the remuneration of publishers: “The DE law grants an exclusive right covering specifically the making available of press products to the public, which has been implemented by the main press publishers under collective management schemes. The ES law establishes an obligation for online service providers to pay compensation to publishers (which cannot be waived) for uses of their content online. None of these two recent ‘ancillary rights’ solutions at a national level have proven effective to address publishers’ problems so far; in particular, they have not resulted in increased revenues for publishers from the major online service providers.”

The purposes of the EU Commission should also be jeopardized by the material scope of the proposal directive that covers the European press companies, but, obviously, not the non-European ones. For example some Central and South American news agencies provide contents to news aggregators on Spanish facts and events, circumventing the limits of the law of 2014 and creating a negative competitive effect on Spanish news agencies.

1.9. The action proposed by the Commission is finally intended to have positive effects on pluralism and, therefore, on the exercise of the freedom of access to information that is granted to all users of the web³².

As widely known, the advent of the Internet has resulted in a substantial expansion in the exercise of the freedom of the press and access to information: in other words, the Internet facilitates the circulation of information and the activity of publishing.

These fundamental freedoms are now at risk of being suppressed and restricted by the proposed action.

The protection of press publications is to be extended to ensure a new direct economic benefit to publishers of online publications in cases of total or partial reproduction,

end, in order for the aforementioned agencies to take action against those who have illegally used the bulletins, the bulletins must have the precise indication of the day and time of issuance; b) the systematic reproduction of information or news, published or broadcast, for profit, whether by newspapers or other periodicals or by broadcasting companies”. More recently, the Italian Antitrust Authority has highlighted on various occasions the need for regulatory intervention in order to adjust the current structure, which is highly detrimental to the newspaper publishing industry (AGCM, Order AS787 - *Protection of editorial content on the Internet*, 17 January 2011, and Order AS1050 - *Protection of editorial content on the Internet*, 24 May 2013, <http://www.agcm.it>).

³⁰ Bundesgesetzblatt Jahrgang 2013, Teil I, no. 23, 1161.

³¹ Boletín Oficial del Estado, 5 November 2014, 90404.

³² Recital no. 31: “A free and pluralist press is essential to ensure quality journalism and citizens’ access to information. It provides a fundamental contribution to public debate and the proper functioning of a democratic society. In the transition from print to digital, publishers of press publications are facing problems in licensing the online use of their publications and recouping their investments. In the absence of recognition of publishers of press publications as rightholders, licensing and enforcement in the digital environment is often complex and inefficient”.



starting from the assumption that there are unjustified forms of competition at a vertical level, thus related to the relationships between the publishers themselves and companies that provide substantially different services, such as search engines or social networks³³.

The matter has also been debated in common law systems: in *Associated Press v. Meltwater U.S. Holdings Inc.*, the Court for the Southern District of New York considered that the activity of selection, automatic indexing, and publication of news or news clips from other portals of information (such as the portal managed by the non-profit organization Associated Press) offered to its subscribers was not protected from fair use, as it is inherently contrary to the economic activity carried out in the same sector by the plaintiff³⁴. The clipping and the redistribution of Associated Press texts protected by copyright were accompanied by the title of the original article, the URL, and information about source and origin.

Previously, in *Barclays Capital Inc. v. Theflyonthewall.com, Inc.*, 650 F.3d 876 (2d Cir. 2011), the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit rejected the assumption of tort of misappropriation in accordance with the relevant jurisdiction in relation to financial information activities exclusively for subscribers (so-called “hot news”), stating how the case should first be approached on the basis of the statutory provisions governing copyright, substantively amending the principles set out in *National Basketball Association v. Motorola, Inc.*, 105 F.3d 841 (2d Cir.1997), in relation to the application of §301 of the Copyright Act on the subject of exclusive competence (pre-emption) of statutory requirements in the event of protection of legal rights or equity equivalents to any of the exclusive rights compatible with the purposes of §106. The dispute centred on a well-known provider of mobile phone services offering services dedicated to the distribution of real-time statistical data about the performance of players in the U.S. professional basketball league. When analysed from a pro-competitive perspective, the decision develops, but, in a way, it could contradict, the ruling in 1945 of the U.S. Supreme Court in *Associated Press v. United States* - 326 U.S. 1 (1945), when the Court argued that the Associated Press’ prohibition against its members assigning or voluntarily transferring information to third parties was in violation of the First Amendment (as well as the Sherman Act).

In Great Britain, following the ruling of the Court of Justice in *Public Relations Consultants Association v. The Newspaper Licensing Agency Ltd.*, the UK Supreme Court nonetheless considered as unfounded the same legal claim filed by a collective copyright management body, in accordance with the principle that temporary reproduction is permitted for the lawful use of a protected work (Article 5(1)), InfoSoc Directive); on the other hand, the Court affirmed the need to introduce licensing systems to guarantee that platform operators will pay fair remuneration for those types of non-temporary exploitation effected by their users³⁵.

³³ YEN, *Preliminary First Amendment Analysis of Legislation Treating News Aggregation as Copyright Infringement*, 12 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 947 (2010); JASIEWICZ, *Copyright Protection in an Opt-Out World: Implied License Doctrine and News Aggregators*, 122 *Yale L. J.* 837 (2012); MARINON, *Shutting Down the Turbine: How the News Industry and News Aggregators Can Coexist in a Post-Barclays v. theflyonthewall.com World*, 23 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 1441 (2013).

³⁴ *Associated Press v. Meltwater U.S. Holdings, Inc.*, 931 F. Supp. 2d. 537 (S.D.N.Y. 2013).

³⁵ *Public Relations Association Ltd (PRC) v. The Newspaper Licensing Agency Ltd. and others* (2013] UKSC 18.



The planned effects could, however, also adversely impact, including vertically, the way in which digital publishing (e.g. local news portals) is financed (to date, digital publishing has been financed through the sale of advertising), jeopardising the access to, and the widespread distribution of, information whose value of use is primarily limited by the fact that news is current and readily available.

One might consider the assumption that the search engine retrieves only news from online newspapers with which it maintains contractual relationships, without overlooking the new and attractive frontiers facilitated by the growth of Big Data (or more specifically so-called “Big Data Journalism”), which are related to the mining and aggregation of large masses of data and information, including factual information (such as news reports), in order to obtain new and useful results for multiple applications.

The broad-based extension of the new right of publishers in terms of both content and duration (20 years, compared, for example, with the 1-year term adopted by German lawmakers) foreshadows a new barrier of access to contents that, by nature, have informative social functions and that, for such reason, have been traditionally considered as not protectable with proprietary-type rights, but included in the system of “exceptions” for carrying out journalistic or critical activities.

Having transposed these elements into the context of economic analysis, the action may adversely affect both the dissemination of, and access to, the information that the new intermediation services prefer to supply in Web 2.0, leading to compression of both the freedom of enterprise in the field of publishing and information pluralism³⁶.

The doctrine of the economic analysis of the law has always been aimed at recognizing a system for the free circulation of journalistic information³⁷, so that “An adequate theory of the legal rights and liabilities of the news media would consider the extent to which news gathering confers external benefits and whether the recognition of property rights in the news might not be more efficient than the many immunities society has extended to the press – at some cost to the Sidises of this world – in order to compensate it for not having property rights in the fruits of its efforts”.

This approach is then extended to the differentiated model of responsibility generally cut from the regulations in relation to the exercise of press activities aimed at limiting the dissemination of false news and information potentially damaging to the person’s values³⁸.

2. A different measure proposed by the European Commission concerns Internet service providers (ISPs) which “store and offer public access” to large quantities of works or other subject-matter protected and uploaded by users.

³⁶ GEIGER – BULAYENKO – FROSIO, *Opinion of the CEIPI on the European Commission’s copyright reform proposal, with a focus on introduction of neighbouring rights for press publishers in EU law*, cit.; VAN EECHOU, *A publisher’s intellectual property right*, cit.; GIANNONE CODIGLIONE, *Opere dell’ingegno e modelli di tutela. Regole proprietarie e soluzioni convenzionali*, Turin, 2017, 379.

³⁷ LANDES - POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Boston, 1987, 418; POSNER, *The Right of Privacy*, 12 *Geo. L. Rev.* 393 (1977).

³⁸ RICCIO, *La responsabilità civile degli internet service providers*, Turin, 2002.



Article 13 and Recital no. 38 of the proposed directive provide for the obligation of information society service providers to conclude licensing agreements with the holders of the rights to the uploaded works, unless they are eligible for the liability exemption provided for the hosting companies by Article 14, Directive 2000/31/EC (the so-called “Directive on Electronic Commerce”) and, in particular, when they carry out activities within the meaning of “active host”, for example, the optimisation or promotion of works «regardless of the nature of the means used therefor”³⁹.

The Directive on Electronic Commerce identifies for the hosting providers (Article 14), i.e. providers storing information originating from the service recipient, specific cases in which the service providers are not liable for offences committed by third parties, subject to the fact that:

- they do not have actual knowledge of illegal activity or information, and as regards to cases of civil liability, are not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent;
- as soon as these facts are known, act expeditiously to remove or to disable access to information, unless the recipient of the service is acting under the authority or control of the provider;
- act expeditiously to remove or to disable access to the stored information as soon as they become aware of the infringement or if a judicial order has ordered its removal or disablement.

In this general framework, the reference to the “active” or “passive” profile of the activity carried out by ISP for the liability exemption based on Recital 42 of the Electronic Commerce Directive, so that the exemptions from liability must be applied if “the activity of the information society service provider is limited to the technical process of operating and giving access to a communications network over which the information made available by third parties is transmitted or temporarily stored, for the sole purpose of making the transmission more efficient,” or when “this activity is of a mere technical, automatic and passive nature, which implies that the information society service provider has neither knowledge nor control over the information which is transmitted or stored”⁴⁰.

³⁹ Recital no. 38: “Where information society service providers store and provide access to the public to copyright protected works or other subject-matter uploaded by their users, thereby going beyond the mere provision of physical facilities and performing an act of communication to the public, they are obliged to conclude licensing agreements with rightholders, unless they are eligible for the liability exemption provided in Article 14 of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council. In respect of Article 14, it is necessary to verify whether the service provider plays an active role, including by optimising the presentation of the uploaded works or subject-matter or promoting them, irrespective of the nature of the means used therefor”.

⁴⁰ In *Google v. Louis Vuitton* (EU Court of Justice, 23 March 2010, C-236/08) the activities of the agreed search engine have been examined in relation to the positioning of Internet portal advertisements that were marketing and selling counterfeit products, taking into account the “passive” or “active” position of the provider as a prerequisite for the application of the exemptions set out in Article 14(1) of the Electronic Commerce Directive. Specifically, it was noted that it was first necessary to understand “if the role played by said provider is neutral, inasmuch as its conduct is merely technical, automatic, and passive, involving a lack of knowledge or control of the data that it is storing”.



2.1. The need to introduce a licence requirement for a specific category of service providers is justified by the need for to provide more fair distribution of the value generated by the publication by users of protected works on the so-called “generalist platforms” of the so-called “Web 2.0”.

The preamble to Proposal for a Copyright Directive in the digital single market states that “Evolution of digital technologies has led to the emergence of new business models and reinforced the role of the Internet as the main marketplace for the distribution and access to copyright-protected content. In this new framework, rightholders face difficulties when seeking to license their rights and be remunerated for the online distribution of their works. This could put at risk the development of European creativity and production of creative content. It is therefore necessary to guarantee that authors and rightholders receive a fair share of the value that is generated by the use of their works and other subject-matter. Against this background, this proposal provides for measures aiming at improving the position of rightholders to negotiate and be remunerated for the exploitation of their content by online services giving access to user-uploaded content”.

According to the sources cited by the Commission, such platforms – which operate on the Internet by providing users with communication services and data storage mostly for free, and simultaneously selling advertisements – produce revenues for the music industry of just \$634 million (approximately one dollar per active user), compared with \$2 billion (approximately \$18 per user) guaranteed by the platform managers offering their services against payment of a subscription fee.

The data refer to the IFPI Digital Music Report of 2016⁴¹: the Commission Staff Working Document Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules states that “In some cases, platforms have offered rightholders agreements for a share of the revenue generated by advertising placed around their content. However, these agreements have been reported by some rightholders to be different from copyright licensing agreements as the platforms argue that they are not under a legal requirement to negotiate with rightholders and that they enter into such ‘monetisation agreements’ on a purely voluntary basis. Rightholders argue that this alleged absence of legal requirement impedes fair negotiations. An example provided by the music industry shows that, in 2015, pure advertising-supported online services storing and giving access to content uploaded by end users which have an estimated user base of more than 900 million generated revenues amounting to US\$634 million, which is (approximately) 4.0 percent of global music revenues. Given the significant user base, rightholders argue that such revenues are insignificant compared to what other service providers are generating for rightholders. At the same time, there is publicly available information about the payments made by a major service provider to rightholders for the use of their music”.

However, the analysis of data derived from other research and reports (which were not considered by the Commission in the preparatory work) suggests that the problem of the “value gap” obscures the real data about the general growth of the total revenues of the recording studios (“wholesale value”), related to the extension of the digitalisation-process benefits not only to final consumers, but to the entire music industry.

⁴¹ <https://www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2016>



According to the financial statements published in March 2017 by Recording Industry Association of America (RIAA), revenues almost certainly increased by sizeable 9.3% over the previous year. This trend was also likely to be confirmed by the data for the first half of 2017, with an increase of 14.6%. Other data likewise confirm that revenues from the U.S. collecting societies increased between 2007 and 2015 by a substantial 26%⁴².

This “remuneration imbalance” therefore arises from an initial misunderstanding: it is indeed impossible to compare, at the level of revenues paid on average by each individual user (retail value), two different types of service, namely, Web 2.0 general services for communication and interaction and new business models related to the distribution of, and access to, intellectual works in a digital format⁴³.

In addition, the proposed directive affects a market (the European Union) in which consumers and businesses already contribute significantly to the profits of all collecting societies, with a 58% share on a global basis⁴⁴.

2.2. The obligation to negotiate licences with rightholders for the providers offering services for the storage and dissemination of large repertoires of works is accompanied by a different measure, which requires the providers to ensure the protection of the works subject to licence by adopting “appropriate and proportionate technological measures”⁴⁵.

There are two types of measures to protect the works proposed by the directive:

- measures to ensure the functioning of the licensing agreements and to prevent protected contents from being disseminated without authorisation (Article 13);
- measures for transparent and effective systems to guarantee that rightholders can control the exploitation of the licensed contents (Article 14)⁴⁶.

⁴² SACQUET, *Value Growth and the Music Industry: The Untold Story of Digital Success*, October 2017, (www.cciainet.org/wp.../CCLA-Paper-Value-Growth-2017.pdf/).

⁴³ In fact, SACQUET, *Value Growth and the Music Industry: The Untold Story of Digital Success*, cit., stresses that: “To make the case that there is a value gap, and that record labels are entitled to more money, it’s easier to talk only about “retail value” instead of “wholesale value”. According to the RIAA, the wholesale value of music is the ‘better metric of the revenues that are going to music labels for sales and listening’. In other words, wholesale value takes into account all revenues paid to record labels – from physical sales, streaming, and other sources. Retail value is ‘the value of shipments at recommended or estimated list price’. It’s not the money the labels get; it’s merely an estimate of what consumers ultimately pay for music – if a price is paid”.

⁴⁴ CISAC Global Collections Report 2016, 8, (<http://www.cisac.org/Cisac-University/Library/Royalty-Reports/Global-Collections-Report-2016/>).

⁴⁵ Recital no. 38: “In order to ensure the functioning of any licensing agreement, information society service providers storing and providing access to the public to large amounts of copyright-protected works or other subject-matter uploaded by their users should take appropriate and proportionate measures to ensure protection of works or other subject-matter, such as implementing effective technologies. This obligation should also apply when the information society service providers are eligible for the liability exemption provided in Article 14 of Directive 2000/31/EC”.

⁴⁶ Recital no. 39: “In such cases, rightholders should provide the necessary data to allow the services to identify their content and the services should be transparent towards rightholders with regard to the deployed technologies, to allow the assessment of their appropriateness. The services should, in particular, provide rightholders with information on the type of technologies used, the way they are operated and their success rate for the recognition of rightholders’ content. Those technologies should also allow rightholders to get in-



2.3. Paragraphs (1) and (2) of Article 13 of the proposal therefore introduce an obligation to adopt measures to protect copyright for all service providers that generally engage in the aggregation of contents, offering communication and interaction space for users.

Although described as a clear and transparent measure designed to be fit into the strategy for promoting the digital single market, the proposal raises doubts of an interpretative nature and is not compatible with the pre-existing regulatory framework.

When reading Article 13, including in the light of the preparatory documents, the action seems to refer exclusively to platforms providing storage services and contents to users, and it therefore excludes the category of search engines, which facilitate the availability of contents, but do not generally provide users with storage services such as those offered by platforms like YouTube or Facebook.

The Commission Staff Working Document Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules emphasises that “The dialogues would focus on service providers which store and provide access to large amounts of copyright-protected content uploaded by their users as, in view of the amount of content available and the size of their audience, they have an important impact on the online content market (...).With the rise of Web 2.0 technologies, interactive services including participatory networks have emerged and increasing amounts of content are accessed through content-sharing platforms that make available protected content uploaded by their users without any involvement of rightholders.

Such user-uploaded content services often provide the public with large amounts of protected content. In addition to giving access to the content, these platforms provide functionalities such as categorisation, recommendations, playlists, or the ability to share content. These services use copyright-protected content to attract and retain users to their websites thereby increasing the value of their services. Access to such content is generally ‘free’ for users and the service draws its revenues, directly or indirectly, from advertising and user data.

While some of the providers of these services have de facto become major actors of online content distribution and have a substantial number of users and significant market valuations, rightholders are not necessarily able to enter into agreements with them for the use of their content. This affects rightholders’ possibility to determine whether, and under which conditions, their content is made available on the services and to get appropriate remuneration for it”.

The ambiguity of the definition is reinforced by Recital no. 38 of the proposal, which specifies that the information society service providers which store and give public access to works or other subject-matter protected by copyright, uploaded by users, go “beyond the mere provision of physical facilities to perform an act of communication to the public”.

formation from the information society service providers on the use of their content covered by an agreement”.



If one interprets this reference in the light of prevailing legislation, Article 3, InfoSoc Directive about the right of communication to the public might not apply to all services offered by a majority of the information society service providers, including search engines⁴⁷.

On the other hand, EU case law has for a long time investigated the position of search engines, often classifying them in the category of host providers (Article 14, Electronic Commerce Directive), even though said directive expressly excludes the “providers of hyperlinks and search engine services”⁴⁸.

This approach seems to be confirmed anew by the recent case law of the EU Court of Justice regarding hyperlinking and the right of communication to the public. In this context, the Court said that ISPs operating for profit are obliged to effect all “controls necessary to ensure that the work concerned is not published unlawfully on the site to which said “hypertext” links refer⁴⁹.

Article 13 would apply exclusively to the ISPs that make available to the public “large amounts of copyright-protected works”. It has been noted that such act is qualified, by the proposal, as an act of communication or making available to the public.

Therefore, ISPs that make smaller repertoires available to the public would be excluded from the application of Article 13. This causes an apparent contradiction, because the Commission’s most recent formulation of Article 13 exempts ISPs from liability, provided that the conditions established by the law are met; this exemption, however, does not extend to ISPs that do not disseminate “large amounts of copyright-protected works”, although such ISPs do nevertheless carry out an act of communication or making available to the public.

This accordingly creates a competitive distortion of the market between large and small ISPs, where the former can benefit from the exemption of liability provided by Article 13, while the latter would not be “covered” by the protection afforded by the law.

2.4. As noted, the proposal applies the obligation to negotiate licences and to take measures to protect the contents to a dynamic group of providers (the so-called “active host”), since it is not established by a provision of the law but provided by the interpretation of Article 14 and Recital no. 42, InfoSoc Directive.

The provider is accordingly encouraged to act preventively to control and to remove, if applicable, the contents uploaded by users not to incur liability, with the risk of adversely affecting i) the potentially legal sharing of “traditional” contents such as books, music, and audio-visual works, and ii) the dissemination of and access to news and contents in a text format that often, like journalistic articles, entail a low rate of originality (as protected works pursuant to Article 11 of the proposal).

⁴⁷ ANGELOPOULOS, *On Online Platforms and the Commission’s New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, January 2017, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2947800/).

⁴⁸ See Article 21, Directive 2000/31/EC and the EU Court of Justice – 23 March 2010, C-236/08, C-237/08, C-238-08, *Pfizer France SARL and Google Inc. v. Louis Vuitton Malletier SA, Viaticum SA and Luteciel SARL, Centre national de recherche en conductastaines (CNRRH) SARL and others*, Digital file, 2008.

⁴⁹ EU Court of Justice, 8 September 2016, C-160/15, *GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*, Digital file, 2016; EU Court of Justice, 14 June 2017, C-610/15, *Stichting Brein v. Ziggo BV, XS4-ALL Internet BV*, Digital file, 2017.



This latter aspect appears to be in stark contrast with what the proposed directive affirms about the protection of journalistic works, where it states that the supply of hyperlinks does not constitute communication to the public (Recital no. 33).

In other words, the proposal introduces an additional diligence obligation for the majority of Web 2.0 providers, which could then be called directly to account for the fulfilment (or non-fulfilment) of such obligation.

Such oversight obligation is parallel to the provisions of the Electronic Commerce

Directive, which, on the contrary, carves out a system where the provider is generally not liable, provided that it fulfils the precise obligations of conduct (and timely action) in cases of notification of infringement.

In the recent communication on combating illegal online contents⁵⁰, the Commission confirms this approach: “This suggests that the mere fact that an online platform takes certain measures relating to the provision of its services in a general manner does not necessarily mean that it plays an active role in respect of the individual content items it stores and that the online platform cannot benefit from the liability exemption for that reason. In the view of the Commission, such measures can, and indeed should, also include proactive measures to detect and remove illegal content online, particularly where those measures are taken as part of the application of the terms of services of the online platform. (...) Although that Directive precludes online platforms from being obliged to engage in general in active fact-finding, it also acknowledges the importance of voluntary measures. (...) The E-Commerce Directive clarifies that the provisions relating to liability do not preclude the development and effective operation of technical systems of protection and identification and of technical surveillance instruments made possible by digital technology. As the Directive also makes clear, such operation must, however, take place within the limits of the applicable rules of EU and national law, in particular on the protection of privacy and personal data and the prohibition on Member States to impose general monitoring obligations. Sector-specific legislation can set mandatory rules for online platforms to take measures, e.g. on copyright to help ensure the detection and removal of illegal content, also when they are eligible for the liability exemption provided in Article 14 of the E-Commerce Directive”.

In other words, the proposal is based on two, related plans:

- it encourages collaboration and negotiation of the protected works’ rights of reproduction and/or their communication to the public,
- it obliges providers to implement systems for verification of information uploaded and made accessible on platforms by users, leaving a residual or complementary role to remedies in a specific form and of a subsequent nature (so-called “notice and take down”).

The Commission Staff Working Document Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules, states that “The above obligations will be without prejudice to liability regimes applicable to copyright infringements and the application of Article 14 ECD. In particular, with regard to services that are covered by Article 14 ECD, the obligation to put in place content-identification technologies would not take away the safe harbour provided that the conditions of Article 14 are fulfilled. The notice and takedown re-

⁵⁰ *Tackling Illegal Content Online. Towards an enhanced responsibility of online platforms*, COM(2017) 555 final.



gime will continue to apply for hosting service providers covered by Article 14 with respect to content not covered by agreements or in cases where the content is not properly identified”.

This decision goes against the regulatory and policy assertions of the Electronic Commerce Directive for the following reasons:

- Directive 2000/31/EC seemingly does not exclude the introduction of additional diligence obligations and additional collaboration for providers⁵¹, but it is mainly based on the prohibition of imposing general monitoring obligations on the providers as established by Article 15⁵².

- The Court of Justice has in the past interpreted Article 15 of the Electronic Commerce Directive by negating compatibility with the right to personal data protection and freedom of enterprise specifically with reference to the activities now proposed by Article 13 of the proposed directive, which, in essence, consist of the preventive filtering of all information input and published by users⁵³.

2.5. In the final analysis, the Commission is classifying service providers from a different economic perspective.

On the one hand, the rules regarding the non-liability of the provider established between the end of the twentieth century and the start of the new millennium are based on the need to stimulate the growth of the information society services⁵⁴.

⁵¹ See Recital no. 48, Electronic Commerce Directive, for which “This Directive does not affect the possibility for Member States of requiring service providers, who host information provided by recipients of their service, to apply duties of care, which can reasonably be expected from them and which are specified by national law, in order to detect and prevent certain types of illegal activities”. In addition, Recital no. 47 states that “Member States are prevented from imposing a monitoring obligation on service providers only with respect to obligations of a general nature; this does not concern monitoring obligations in a specific case and, in particular, does not affect orders by national authorities in accordance with national legislation”.

⁵² HUSOVEC, *Compromising (on) the Digital Single Market? A Quick Look at the Estonian Presidency Proposal(s) on Art 13*, Kluwer Copyright Blog, September 8, 2017, (<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/09/08/compromising-digital-single-market-quick-look-estonian-presidency-proposals-art-13/>).

⁵³ EU Court of Justice, 12 March 2012, C-360/10, *SABAM v. Netlog NV*, Digital file, 2010. In this assumption, the Belgian collecting company, SABAM, requested that the social network, Netlog, be obliged to analyse the information stored on servers to prevent the intellectual works from being made available without authorisation. In the opinion of the Court, the preventive filtering of the activities and contents channelled by users would have unjustifiably limited the right to the protection of personal data and the freedom of access to information provided by Articles 8 and 11 of the EU Charter of Fundamental Rights, allocating a cost to the provider that would adversely affect the legitimate exercise of the freedom of enterprise, contradicting the provisions of Article 3(1), 2004/48/EC, which expressly state that the measures adopted for ensuring the respect of intellectual property rights may not be unnecessarily complicated or costly.

⁵⁴ YEN, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment*, 88 *Geo. L. J.* 1 (2000); RICCIO, *La responsabilit  civile degli internet service providers*, cit.; LANDES - LICHTMAN, *Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective*, J.M. Olin Law & Economics Working Paper no. 179 (2nd series), Chicago, 2003; SCHRUERS, *The History and Economics Of Isp Liability For Third Party Content*, 88 *Virg. L. Rev.* 205 (2002); VERBIEST - SPINDLER - RICCIO, *Study on the liability of internet intermediaries*, Markt/2006/09/E, 2007, (http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf/).



On the other hand, the new EU copyright is instead based on the awareness of the existence of entrepreneurial positions that span different sectors of the cultural industry that were previously managed exclusively by the traditional media. The result is the imposition of “costs” – in the form of preventive obligations to control and/or to pay fair remuneration – aimed in some ways at redistributing the wealth produced by Web 2.0 providers’ activities of intermediation and aggregation of contents and indeed, to place the burden on providers for “anonymous infringements” of the copyright on the Internet.

These conclusions do not appear to be consistent with the prevailing general regulatory framework and are often based on data that only consider the needs of one of the parties involved in this reform process (the copyright holders and, above all, their assignees).

The risk is that of producing at least three adverse effects:

- the drastic reduction of the benefits (economic and social) that the development of the so-called “Web 2.0” services have produced on the “new” legitimate business models associated with the dissemination of knowledge;
- the unjustified limitation of the freedom of expression and the circulation of information;
- the obstruction of the pluralism of information.



RETTIFICAZIONE DEL SESSO: EFFETTI SUGLI ISTITUTI DEL MATRIMONIO E DELL'UNIONE CIVILE

VALENTINA BARELA

SOMMARIO: 1. Rettificazione del sesso ed introduzione alle implicazioni sul matrimonio e sull'unione civile legate alla poliforme manifestazione della sessualità ed dell'identità di genere. – 2. Interpretazione della Corte Costituzionale avallata dal legislatore. – 3. Scioglimento imposto: *discremen* tra matrimonio e unione civile. – 4. Superamento dell'identità sessuale verso il rispetto dell'identità di genere.

1. I termini volti a qualificare il rapporto di coppia, giuridicamente costituito, e l'incidenza su di essi dell'avvenuta rettificazione del sesso compiuta da un coniuge, sono certamente problematici, anche in ragione del dato che il mutamento della sessualità della coppia il più delle volte non comporta un'alterazione degli equilibri e dei sentimenti della stessa.

Il tema è complesso e articolato poiché coinvolge la nuova valenza dell'identità di genere – da ultimo riconosciuta dalla Corte Costituzionale – nonché gli istituti del matrimonio e dell'unione civile, quest'ultima introdotta dalla recente legge n. 76 del 2016¹, la cui trattazione coinvolge necessariamente i diritti inviolabili della persona ed, in particolare, l'attuazione del principio di uguaglianza sostanziale.

La disgiunzione tra sessualità e genere nella formazione dell'identità della persona è stata acclarata dalla Corte Costituzionale² che ha superato ogni dubbio interpretativo in merito alle condizioni necessarie affinché possa essere dichiarata la rettifica del sesso di una persona, escludendo l'imposizione di interventi chirurgici sugli organi sessuali primari, in

¹ Si tratta della legge, 20 maggio 2016, n. 76 avente ad oggetto la «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze» in *G.U.* del 21 maggio 2016 n. 118. Per un primo commento si v. E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1695; L. GUAGLIONE, *La nuova legge sulle unioni civili e convivenze*, Roma, 2016; G. PARISI, *Unioni civili e filiazione: le grandi riforme del terzo millennio tra effettività e problematiche*, in www.comparazionedirittocivile.it/; A. CORDIANO, *Le unioni omoaffettive nell'ordinamento italiano. Troppo poco o ... forse, troppo?*, in www.comparazionedirittocivile.it/; B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016; G. CASABURI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso nella l. 20 maggio 2016 n. 76*, in *Foro it.*, 2016, 6, c. 2252; G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2016.; AA.VV., *Le unioni civili e le convivenze: commento alla Legge n. 76/2016 e ai D.lgs n.5/2017, D. lgs. N. 6/2017, D. lgs n. 7/2017*, a cura di C.M.Bianca, Torino, 2017; E. CALÒ, *Le unioni civili in Italia: legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Napoli, 2016. v. A. Per una ricostruzione storico - giuridica dei valori a fondamento delle unioni civili si v. G. AUTORINO STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà: prospettive de iure condendo*, in G. Autorino Stanzone (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, Vol. IV, Torino, 2007, p. 4 ss.

² Cfr. Corte Cost., 15.05.2010, n. 138, Corte Cost., 5.11.2015, n. 211, Corte Cost. 13.07.2017, n. 180, in www.cortecostituzionale.it/. Su questo specifico tema sia consentito il rinvio a V. BARELA, *Il mutamento di sesso nel diritto italiano ed europeo alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in [www.comparazionedirittocivile.it /](http://www.comparazionedirittocivile.it/).



ragione della predominante valutazione del percorso esperienziale vissuto dalla persona e quindi del suo personale processo di autodeterminazione verso l'obiettivo del mutamento del sesso. Questa analisi muove dall'assunto della scissione tra soma e psiche, dal rilievo e superiorità dell'aspetto emotivo, ossia della percezione che la persona ha di sé rispetto al genere attribuitole alla nascita e dal grave disagio che questa difformità può causare sino a determinare la necessità della rettifica del sesso, proprio in attuazione del diritto alla salute e del diritto all'identità, entrambi diritti sottesi alla tutela dell'autodeterminazione del soggetto³. La rettifica del sesso può non determinare l'alterazione dell'orientamento sessuale antecedente alla modifica; difatti spesso si verificano situazioni in cui il sesso mutato in costanza di matrimonio non abbia modificato la volontà dei coniugi di continuare a condividere un percorso di vita comune; situazione analoga può verificarsi quando una coppia unita attraverso l'unione civile decida, anche dopo il mutamento di sesso di un partner, di continuare a mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato. La prima ipotesi, possibile con la legge n. 76/2016, è stata per anni oggetto di dibattiti sorti dall'interpretazione del dettato normativo che stabiliva che la sentenza di rettificazione del sesso avrebbe provocato lo scioglimento del matrimonio, senza che fosse offerta alcuna tutela alla coppia che avesse voluto mantenere saldo il legame giuridico sorto con il matrimonio. La seconda fattispecie, ipotizzabile solo dopo la riforma che ha introdotto le unioni civili, non trova invece alcuna forma di tutela come si cercherà di mostrare a breve.

Per analizzare l'incertezza giuridica che quest'ultima fattispecie dispiega è opportuno riferire, sia pur brevemente, del previgente testo legislativo e soffermarsi sulle pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione che, negli anni immediatamente antecedenti la riforma delle unioni civili, hanno indicato al legislatore la strada da intraprendere, ma anche condizionato lo stesso che, attraverso la scelta di un istituto *ad hoc*, quale l'unione civile, per la regolamentazione giuridica delle coppie omosessuali, ha redatto un testo, per certi versi incompleto, ed in ogni caso foriero di situazioni giuridiche discriminatorie.

Le norme di riferimento relative al mutamento del sesso, che nel tempo sono state prima oggetto di giudizio di costituzionalità e di legittimità, di seguito modificate dalla legge sulle unioni civili, sono gli art. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 e l'art. 31, comma 6 del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150, a norma dei quali la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determinava lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso, senza che fosse offerta alla coppia la possibilità di continuare, sotto altra forma giuridica, il percorso di vita comune. L'automatico scioglimento del matrimonio a seguito della rettifica del sesso non richiedeva l'accertamento della volontà del soggetto che compiva la transizione e/o dell'altro coniuge in merito allo scioglimento del matrimonio, né tantomeno la

³ E' bene porre mente che omosessualità e transessualismo sono fenomeni tra loro del tutto autonomi, posto che la prima è inerente al genere verso cui è orientata l'identità di una persona, mentre il secondo riguarda la percezione che la persona ha di sé rispetto al dato biologico constatato al momento della nascita. Si v. P. D'ADDINO SERRAVALLE, P. PERLINGIERI, P. STANZIONE, *Problemi giuridici del transessualismo*, Napoli, 1981; G. SCIANCALEPORE, P. STANZIONE, *Transessualismo e tutela della persona*, Milano, 2002; P. STANZIONE, *Sesso e genere nell'identità della persona*, in www.comparazioneirittocivile.it/.



possibilità di costoro di vedersi giuridicamente riconosciuta la loro unione tramutata in omosessuale.

Queste disposizioni, tuttavia, già superavano quella precedente contenuta nella legge sul divorzio⁴ che prevedeva la sola possibilità di chiedere lo scioglimento in caso di rettifica del sesso di uno dei coniugi, e furono manifestamente poste dal legislatore a tutela di un principio cardine ritenuto essenziale nell'ordinamento italiano, ovverosia la diversità di genere dei coniugi, e quindi l'eterosessualità del matrimonio⁵.

Lo scioglimento del matrimonio conseguiva *tout court* alla rettifica del sesso senza che fosse espressa una convinzione in tal senso, non solo da parte del protagonista del mutamento di sesso, ma anche dall'altro coniuge, in ragione dell'assunto – invero non costituzionalmente fondato ed oggi in parte superato – per cui un'unione affettiva e un progetto familiare possono essere perseguiti solo attraverso la diversa sessualità dei membri della coppia, come se la condivisione di valori e principi e la realizzazione della propria personalità fossero possibili solo in ragione della eterosessualità dell'unione. La negazione del matrimonio alle coppie omosessuali e l'assenza di un istituto in grado di offrire una forma di tutela alternativa ha stigmatizzato i diritti della persona e ha creato un *vulnus* per le coppie ove un membro avesse ottenuto la rettificazione del sesso. La coppia non solo subiva la forzata cessazione degli effetti civili del matrimonio, ma anche la negazione di un riconoscimento giuridico della loro unione, contrariamente a quanto l'esperienza già dimostrava per cui l'alterazione e modificazione dell'identità sessuale il più delle volte non scalfisce l'anima della coppia e la volontà di proseguire una vita comune insieme. Prima di porre attenzione sulla nuova disciplina, disposta dalla legge n. 76 del 2016, sugli effetti della rettificazione del sesso sul matrimonio, che – si anticipa – non soddisfa le istanze di tutela e soprattutto non rimuove gli ostacoli alla piena attuazione del principio di uguaglianza, è bene ripercorrere brevemente l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale⁶ prima, e dalla Corte di Cassazione⁷ poi, entrambe intervenute durante la *vacatio legis*, perseguendo anche il fine di sollecitare l'intervento del legislatore su un tema così importante e privo di regolamentazione e tutela. Queste pronunce se da un lato hanno accelerato l'intervento del legislatore in questa materia⁸, dall'altro hanno legittimato la scelta del legislatore di introdurre un istituto *ad hoc* per le coppie omosessuali, scelta che, come si intenderà dimostrare, non rimuove le forme di discriminazione nei confronti degli omosessuali. Ed invero, per certi

⁴ Cfr. art. 3 n. 2 lett. g) della Legge 1.12.1970 n. 898, che prevede la possibilità di chiedere lo scioglimento in caso di rettifica del sesso di uno dei coniugi.

⁵ Il procedimento previsto dalla legge sul divorzio varrà però a disciplinare tutti gli altri aspetti, ossia quelli economici e quelli inerenti la filiazione, connessi al matrimonio, il cui vincolo sarà però stato sciolto automaticamente dalla sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso. A tale proposito, cfr. S. PATTI, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione ancorché non più matrimoniale*, in *Corriere Giuridico*, 2015, p. 1051 ss.

⁶ Si tratta della sentenza della Corte Costituzionale dell'11.6.2014 n. 170 in www.cortecostituzionale.it/.

⁷ Ci si riferisce alla sentenza della Corte di Cassazione civile del 21.4.2015 n. 8097, resa nel procedimento che era stato sospeso a seguito della remissione alla Corte Costituzionale, che aveva appunto emesso la sentenza citata nella nota precedente.

⁸ In tal senso, osserva P. BIANCHI, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: divorzio imposto, incostituzionale ma non troppo*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, I, p. 669 e ss., che anche nella sentenza n. 138/2010 evocata l'intervento del legislatore, ma maggiore è la forza persuasiva della pronuncia del 2014 anche perché a differenza della precedente non contiene un rigetto della domanda ma “*un dispositivo di accoglimento accompagnato da una enunciazione di principio e da un ulteriore sollecito rivolto al legislatore*”.



versi, le questioni sollevate dinanzi alle suddette Corti sul problema dello scioglimento forzato ed automatico del matrimonio oggi si ripropongono nell'ambito delle unioni civili e il percorso logico motivazionale adottato dalle Corti può essere mutuato per cogliere le lacune del nuovo assetto normativo delle unioni civili.

2. Nel periodo immediatamente antecedente la legge n. 76/2016, due sentenze, l'una della Corte Costituzionale e l'altra della Corte di Cassazione, hanno segnato la strada poi percorsa dal legislatore: la sentenza n. 170 del 2014 della Corte Costituzionale e la sentenza n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione. Il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 nella parte in cui non prevedevano che, a seguito dello scioglimento del matrimonio e della cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio e determinati dalla sentenza di rettificazione del sesso, vi fosse la possibilità, per i coniugi che lo richiedevano, di mantenere in vita il rapporto con altra forma di convivenza registrata che tutelasse adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, conformemente alle modalità da definire dal legislatore. In via consequenziale, la Corte ha dichiarato, nella medesima pronuncia, l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 6, del decreto legislativo n. 150 del 1° dicembre 2011⁹ nella parte in cui prevedeva l'automatica cessazione degli effetti civili del matrimonio, lì dove ci fosse stata una rettificazione del sesso annotata dall'ufficiale dello stato civile in calce all'atto del matrimonio, senza che ci fosse la medesima possibilità ritenuta necessaria in merito agli artt. 2 e 4 della legge n. 164/1982.

La Corte di Cassazione, invece, dovendo offrire una soluzione al *thema decidendum*, sulla scorta di quanto statuito dai giudici costituzionali, con sentenza n. 8097 del 2015, ha in modo singolare stabilito la temporanea rimozione degli effetti della caducazione automatica del vincolo matrimoniale sino all'atteso intervento del legislatore, in grado di colmare il vuoto normativo, sottoponendo dunque il vincolo matrimoniale alla condizione risolutiva della creazione di una tipologia di unione civile registrata da parte del legislatore.

La controversia posta all'attenzione della Corte Costituzionale aveva origine da un giudizio promosso da una coppia sposata che si era opposta all'annotazione, effettuata dall'ufficiale di stato civile, della cessazione degli effetti civili del matrimonio, determinata dalla modificazione dell'attribuzione di sesso ottenuta dalla moglie che aveva compiuto la transizione da donna a uomo¹⁰. Nel giudizio di incostituzionalità si censurava l'ingiusto sacrificio dell'interesse della coppia, unita attraverso il vincolo matrimoniale, a mantenere in vita la relazione giuridica affettiva sorta con il matrimonio e quindi l'interesse anche a salvaguardare il vissuto precedente e quindi le scelte compiute.

In particolare, l'incostituzionalità fu riscontrata in riferimento agli artt. 2 e 29 Cost., nella parte degli artt. 2 e 4 della L. n. 164 del 1982, che stabiliva che la sentenza di rettifica-

⁹ Si tratta del decreto legislativo, 1 settembre 2011, n. 150 sulle "Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione", in *G.U. Serie generale* n. 220 del 21. 09. 2011.

¹⁰ Ottenuta ragione dal Tribunale di Modena, la coppia si era vista invece respingere il ricorso dalla Corte d'Appello di Bologna ed aveva pertanto promosso ricorso in Corte di Cassazione, la quale a sua volta aveva rimesso alla Corte Costituzionale la questione di costituzionalità della normativa sul c.d. divorzio imposto.



zione dell'attribuzione del sesso di uno dei coniugi, che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso, non consentiva, ove i coniugi lo avessero richiesto, di “mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che tuteli i diritti e gli obblighi della coppia”. Sostanzialmente con questa pronuncia la Corte Costituzionale dichiarò l'illegittimità del c.d. divorzio imposto, proprio per l'impossibilità dei coniugi di poter convertire il matrimonio (nel quale l'eterosessualità della coppia è ritenuta requisito essenziale) in un'altra forma di unione riconosciuta dall'ordinamento che potesse non solo preservare il pregresso vissuto ma anche “consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione”¹¹. La Corte rilevò l'eccessivo sbilanciamento della normativa in favore dell'interesse statale, contro un indebito sacrificio degli interessi della coppia che, sebbene non fosse più eterosessuale, reclamava, anche in ragione del pregresso vissuto, una forma di tutela per la loro unione intimamente inalterata.

Al di là della particolarità della pronuncia di incostituzionalità che ha trovato slancio – per ammissione della stessa Corte – nella carenza legislativa, ed in particolare nell'assenza di «strumenti compensativi», la pronuncia presenta forti incongruenze legate al fondamento costituzionale attribuito alla eterosessualità del matrimonio, per cui la «la nozione presupposta dalla Costituzione (a cui conferisce tutela il citato art. 29) è quella stessa definita dal legislatore del codice civile del 1942» che delinea il paradigma eterosessuale del matrimonio¹².

I giudici costituzionali hanno enunciato la necessità di compiere un bilanciamento di interessi posti in gioco dalla fattispecie, ovverosia da un lato l'interesse dello Stato al mantenimento del modello eterosessuale di matrimonio, dall'altro lato l'interesse della coppia coniugata a non vedere violate e penalizzate le personalissime scelte di vita, ossia quella di sposarsi e quella di uno dei due coniugi, condivisa dall'altro, di mutare sesso. L'effettivo bilanciamento di queste contrapposte esigenze spinge il giudice delle leggi a sollecitare l'intervento del legislatore perché possa rimediare a questa rilevata condizione di illegittimità di disciplina che consente il passaggio «da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza».

Il giudice delle leggi rivolge l'attenzione principalmente all'inadeguatezza del «sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto» coniugale determinata dal

¹¹ La Corte in questa punto cita parte della sentenza n. 138 del 2010. Si v. L. BALESTRA, *Sugli effetti della rettificazione dell'attribuzione del sesso sul matrimonio preesistente*, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 861; V. BARBA, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 861; F. BARTOLINI, *Divorzio del transessuale e “conversione” del matrimonio eterosessuale: un nuovo inizio?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 235; P. BIANCHI, *Divorzio imposto incostituzionale ma non troppo*, in *www.forumquadernicostituzionali.it/*, 2014; F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento ma non di tutela della violazione di un diritto*, in *www.forumcostituzionale.it/*, 2014; R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del divorzio imposto: quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2685; A. LORENZETTI, A. SCHUSTER, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona transessuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 1152; M. FORTINO, *Piccoli passi e cautele interpretative delle corti sui diritti delle unioni omosessuali*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2016, I, p. 129.

¹² Così, G. PALMERI, M.C. VENUTI, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte Costituzionale, 11 giugno 2014, n. 170 in materia di divorzio del transessuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 554.



mutamento di sesso, quando invero la centralità del tema non è l'assenza di una disciplina di un'unione alternativa al matrimonio che riconosca giuridicamente l'unione omosessuale, ma piuttosto l'opportunità di ovviare a qualunque forma di discriminazione che violi il principio di uguaglianza.

Ed è anche per questo che l'intervento legislativo n. 76 del 2016, che ha introdotto la disciplina delle unioni civili, di fatto non ha superato le disparità di trattamento che, invero, emergono anche dalla lettera del nuovo dettato normativo che non ha disposto una disciplina uniforme, ossia un rapporto di reciprocità tra unione civile e matrimonio, per cui gli effetti del mutamento di sesso sull'unione civile e sul matrimonio variano a seconda che il mutamento di sesso sia avvenuto in costanza di matrimonio o di unione civile, lasciando però solo in quest'ultimo caso la coppia del tutto sprovvista di ogni forma di tutela.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 170/2014 è stata definita additiva di principio, perché non solo ha dichiarato l'incostituzionalità di una norma, ma ha anche contestualmente invitato il legislatore a regolamentare unioni civili delle coppie omosessuali per rimediare alla ripetuta ed enunciata violazione dei principi costituzionali posti a tutela della persona¹³. La Corte costituzionale ha distinto la posizione di una coppia omosessuale che voglia contrarre vincolo matrimoniale – alla quale oggi è consentito il ricorso all'istituto dell'unione civile – da quella di una coppia eterosessuale, legittimamente unitasi in matrimonio scioltosi per modifica del sesso da parte di uno dei coniugi¹⁴ e ciò soprattutto in ragione del “pregresso vissuto” da preservare. Questa impostazione ha forse anche alimentato la scelta del legislatore di imporre l'automatico scioglimento dell'unione civile a seguito del mutamento del sesso di un partner, senza consentire ai membri della unione civile la possibilità di mantenere in vita il loro legame giuridico, eventualmente anche attraverso l'automatica costituzione del vincolo matrimoniale. Tale asimmetria della regolamentazione relativa agli effetti della rettifica del sesso sull'unione civile e sul matrimonio difetta di sensibilità costituzionalmente orientata e genera un'alea di incostituzionalità che aleggia sulla normativa delle unioni civili.

Nessuna norma della Costituzione prevede che il matrimonio sia tra soggetti di sesso diverso e, seppur sia condivisibile il pensiero per cui al momento della promulgazione della Carta i costituenti non intravedessero alcun altro modello coniugale, deve consentirsi che un principio, stabilito dalla Carta stessa, sopravviva ai suoi estensori e si modifichi alla luce

¹³ Al riguardo cfr. S. PATTI, *La legittimità costituzionale del divorzio imposto: quando la corte dialoga con il legislatore ma dimentica il giudice*, in *Foro Italiano*, 2014, X, c. 2683, il quale rammenta come la pronuncia additiva di principio «sia composta di due parti distinte: una demolitoria della norma impugnata e l'altra contenente un principio, frutto di un bilanciamento di principi costituzionali operato dalla Corte. Le due parti risultano non solo distinte ma anche dotate di differente efficacia, essendo la prima vincolante e ponendosi invece la seconda a livello di indicazione, monito o suggerimento con forza meramente persuasiva, salva ovviamente la possibilità per la Corte di doppiare la pronuncia con altra di incostituzionalità totale». Si v. anche F. BIONDI, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio imposto*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, I, p. 667

¹⁴ Al proposito, cfr. A. D'ALOJA, *Il divorzio obbligato del transessuale è incostituzionale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, III, p. 149 ss., secondo cui “la situazione che si determina a seguito del mutamento di sesso è sopravvenuta rispetto al matrimonio regolarmente contratto in presenza del requisito della eterosessualità, per cui la situazione si rivela palesemente eccezionale e pertanto non suscettibile di estensioni analogiche, e ciò consentirebbe – proprio in ragione della specificità della situazione – una deroga eccezionale e non “la rottura definitiva del paradigma eterosessuale del matrimonio”.



della mutata sensibilità socio-culturale che il corso del tempo ha determinato; così come, per altro verso, la stessa Corte Costituzionale deve valutare l'eventuale incostituzionalità di una norma «non per come la legge è scritta, ma per come il testo normativo è interpretato dal giudice nella non facile mediazione tra legge astratta e concreta realtà in cui si va ad operare»¹⁵. E' utile, inoltre, richiamare la pronuncia della Corte Costituzionale n. 138 del 2010 che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale in merito alle norme del codice civile che non consentono alle persone di orientamento omosessuale di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso¹⁶, perché è esclusivo compito del legislatore valutare l'opportunità di una disciplina relativa alle unioni fra persone dello stesso sesso e nessuna disposizione contraria al riguardo è contenuta nella Costituzione.

Rimane però un dato incontrovertibile che la Corte, in occasione della pronuncia n. 170 del 2014, ha inteso “sovertire” l'ordine delle fonti del diritto italiano¹⁷, stabilendo il paradigma eterosessuale del matrimonio, previsto nel codice civile del 1942, quale principio costituzionale¹⁸, chiudendo dunque le porte a qualsiasi ipotesi di rapporto coniugale tra persone dello stesso sesso¹⁹. Anche per questo la Corte non ha escluso la possibilità del divorzio automatico con un divorzio a domanda «perché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra i soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.». In verità, come dottrina e giurisprudenza hanno ampiamente dimostrato, l'art. 2 della Costituzione e la tutela delle formazioni sociali (*in primis* la famiglia, ex art. 29 Cost.), esulano dall'eleggere l'art. 29 Cost. quale norma fondante il paradigma dell'eterosessualità del matrimonio.

Non dovrebbe essere consentita la sottrazione delle tutele stabilite dall'ordinamento ad una famiglia, già regolarmente costituita secondo i crismi dell'ordinamento stesso, e pertanto dovrebbe escludersi un intervento “d'autorità” dello Stato in una materia così delicata come quella dei rapporti familiari che ricuserebbe una scelta estranea alla volontà dei soggetti interessati, indi imposta a costoro, proprio alla luce delle garanzie costituzionali²⁰. Nel

¹⁵ Testualmente, V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2016, p. 858. La questione di legittimità riguardava specificatamente i seguenti articoli del codice civile: 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143bis e 156bis.

¹⁶ Cfr. Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1361.

¹⁷ Così G. PALMERI, M.C. VENUTI, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte Costituzionale 11 giugno 2014 n. 170 in materia di divorzio del transessuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 556. Le autrici criticano aspramente questo aspetto della sentenza della Corte Costituzionale, sostenendo che la “costituzionalizzazione” del paradigma eterosessuale del matrimonio sarebbe una mera *fiction* operata dalla Corte stessa, mentre i diritti personalissimi della coppia coniugata, sacrificati dalla legge e dalla sentenza medesima, sono certamente diritti costituzionalmente protetti ed inviolabili.

¹⁸ Sul punto cfr. P. BIANCHI, op. cit., p. 669, secondo cui «l'insistenza della Corte su una lettura dell'art. 29 Cost. tale da modellarlo sul codice civile del 1942 risulta contraddittoria anche in relazione alla sua stessa giurisprudenza, nella quale è dato leggere che occorre interpretare le leggi ordinarie alla luce della Costituzione e non viceversa (sent. 1/13)».

¹⁹ Sempre la sentenza in questione, infatti, afferma che «non è possibile la *reductio ad legitimitatem* mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.».

²⁰ In questo senso cfr. F. BIONDI, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio imposto*, cit., 667, che osserva correttamente che «da condizione in cui versano due persone che si



caso di specie, peraltro, la posizione dell'altro coniuge (ovverosia del non protagonista della transizione di sesso) risulta del tutto sprovvista di qualsiasi tutela e persino considerazione, visto che egli si trova a dover subire una imposizione statale, senza essere neanche sentito in merito alla volontà di conservare o meno un vincolo personalissimo (e per di più nato regolarmente) come quello coniugale.

Tutte queste problematiche sono state poi affrontate anche dalla Corte di Cassazione quando, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità, ha dovuto stabilire il principio di diritto applicabile alla fattispecie concreta. Si è trattato ovviamente di una situazione particolarmente difficile per la Corte di Cassazione, giacché si è trovata di fronte ad una normativa chiaramente inapplicabile, in quanto dichiarata incostituzionale, che però a stretto rigore non poteva essere *sic et simpliciter* disapplicata, in quanto la stessa Consulta aveva affermato che il perdurare di un vincolo coniugale tra due persone (diventate) dello stesso sesso avrebbe contraddetto il principio (elevato dalla Corte Costituzionale a rango costituzionale) del matrimonio esclusivamente eterosessuale.

Così, la Corte di Cassazione, chiamata a decidere un caso di mutamento di sesso in costanza di matrimonio, con sentenza n. 8097 del 2015²¹, ha risolto la questione interpretativa andando oltre la pronuncia della Consulta, seppur ripercorrendone lo stesso iter argomentativo, decidendo che, in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità contenuta nella sentenza n. 170/2014 della Corte Costituzionale, devono essere riconosciuti alla coppia unita in matrimonio, nel caso in cui sia avvenuta la rettificazione del sesso, i diritti e i doveri conseguenti al vincolo del matrimonio legittimamente contratto fino a quando il legislatore non consenta ad essi “di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata” che ne tuteli adeguatamente diritti ed obblighi²².

3. Queste lacune sono state parzialmente colmate dalla l. n. 76/2016 che, al comma 27 dell'art. 1, ha stabilito che alla rettificazione anagrafica di sesso, laddove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra le persone di stesso sesso.

erano sposate quando erano eterosessuali e che quindi costituiscono già una famiglia è assai differente da quella di due persone dello stesso sesso che intendono formare una famiglia che ancora non c'è».

²¹ Cfr. S. PATTI, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione ancorché non più matrimoniale*, in *Corriere Giuridico*, 2015, p. 1054, secondo cui “la soluzione, pur rispettosa delle esigenze degli interessati, risente delle segnalate incertezze della sentenza della Corte Costituzionale”, nonché M. AZZALINI, *Dal «divorzio imposto» al matrimonio «risolutivamente condizionato»: le bizzarre ed inique sorti del matrimonio della persona transessuale*, in *Nuov. Giur. civ. comm.*, 2015, p. 780 ss., che osserva come la sentenza si fondi sulla errata possibile parificazione tra la coppia divenuta omosessuale e quella *ab origine* formata da persone dello stesso sesso poiché «tale percorso non può condurre a sostenere onestamente e verosimilmente che A.B. sia una persona diversa rispetto a quella che era nelle sue pregresse vesti maschili: in altre parole, la pur rilevante incisione della morfologia sessuale della persona non può comportare la negazione della sua continuità identitaria».

²² Parte della dottrina ha intravisto una forma di matrimonio sottoposto a condizione risolutiva. Cfr. S. PATTI, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione «ancorché non più matrimoniale»*, nota a Cass. 8097/2015, cit., p. 1056; M. AZZALINI, *Dal «divorzio imposto» al matrimonio «risolutivamente condizionato»: le bizzarre ed inique sorti del matrimonio della persona transessuale*, cit., p. 780



Inoltre, il decreto legislativo n. 5 del 2017, attuativo della legge n. 76/2016, ha introdotto il comma 4 *bis*, all'art. 31 del d.lgs. 1 settembre 2011 n. 150²³, introducendo la possibilità, per la persona che ha proposto con successo la domanda di attribuzione di sesso e per il suo coniuge, di esprimere attraverso dichiarazione resa personalmente e congiuntamente, la volontà di costituire un'unione civile nel corso del procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso.

La dichiarazione può essere resa fino al momento della precisazione delle conclusioni e contestualmente possono essere compiute dichiarazioni riguardanti la scelta del cognome e il regime patrimoniale. In presenza di tale volontà congiunta, così manifestata, il tribunale, con la stessa sentenza che accoglie la domanda, ordina all'ufficiale di stato civile del comune di celebrazione del matrimonio o di trascrizione, qualora sia avvenuto all'estero, di iscrivere l'unione civile nel registro delle unioni civili e di annotare le relative scelte compiute dalle parti in merito al cognome e al regime patrimoniale.

La specifica indicazione del regime patrimoniale non comporta pertanto il mantenimento del regime patrimoniale adottato in costanza di matrimonio. Ne consegue che, qualora si costituisca un'unione civile, a seguito dello scioglimento del matrimonio per rettifica di sesso, troverà applicazione il comma 13 dell'art. 1, che dispone l'automatica costituzione del regime della comunione dei beni salvo che siano espresse diverse disposizioni patrimoniali, indipendentemente da quale sia stato il regime in costanza di matrimonio. Ne consegue che anche l'eventuale scelta del regime di separazione dei beni, compiuta in costanza di matrimonio, non ha alcuna validità, e l'eventuale difformità di regime da quello legale deve essere nuovamente dichiarata.

Il nuovo dettato normativo che consente, in corso di procedimento di rettificazione di sesso, la costituzione dell'unione civile, in alternativa allo scioglimento totale del legame giuridico, appare incompleto ed insufficiente giacché, in merito alla situazione speculare inversa, non è contemplata la costituzione – su semplice dichiarazione della coppia – del vincolo matrimoniale. Il legislatore non stabilisce un rapporto di reciprocità tra l'unione civile e il matrimonio in presenza della modifica del sesso: ed invero anche il mutamento di sesso di una persona legata ad un'altra attraverso l'istituto dell'unione civile potrebbe non alterare l'unione della coppia e la volontà di quest'ultima di continuare a mantenere un legame sia sul piano affettivo che su quello giuridico.

L'ipotesi inversa, ossia che un'unione omosessuale possa tramutarsi in una coppia tra persone eterosessuali, a seguito della rettificazione del sesso di un membro della coppia, potrebbe essere non desueta, tuttavia il dettato normativo pone lo stesso timore manifestatosi in passato – ante riforma 2016 – in merito agli effetti del mutamento di sesso sul matrimonio. Quali sono le conseguenze del mutamento di sesso sull'istituto dell'unione civile?

La lettera della norma provoca la medesima incertezza giuridica che, sino all'introduzione delle unioni civili, era conseguente al c.d. "divorzio imposto" e che ora può essere trasposta nella situazione che si verifica a seguito dello "scioglimento imposto dell'unione", giacché quest'ultimo opera automaticamente in ragione della mera rettifica di sesso, senza che sia offerta l'opportunità di mantenere in ogni caso in vita il rapporto giuridico della coppia sebbene sia intervenuto il mutamento di sesso di un membro della stes-

²³ Decreto che è stato modificato dall'art. 7 del d.lgs. 19 gennaio del 2017 n. 5, che ha attuato l'art. 1, c. 28 della legge n. 76 del 2016.



sa²⁴. Anche in questo caso, sarebbe opportuno tutelare il rapporto solidaristico instauratosi tra la coppia omosessuale che invece vede subire lo scioglimento dell'unione e conseguentemente la sottrazione della tutela relativa al regime giuridico della stessa. Sembra, pertanto, riproporsi la *questio* avanzata dalla giurisprudenza di legittimità²⁵, riferita alla compressione dei diritti della persona a seguito dell'automatico scioglimento del vincolo coniugale, tra i quali rileva anche l'inviolabilità "del diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale", espressione del più ampio diritto di autodeterminazione, che si manifesta *in primis* attraverso le scelte inerenti la sfera emotiva ed affettiva. La trasposizione di questo ragionamento logico-giuridico nella ipotesi del mutamento di sesso in costanza di unione civile presenta le stesse problematiche, benché alla coppia sia possibile ricorrere, successivamente al mutamento del sesso, all'istituto del matrimonio: di fatto, si ha anche in quest'occasione un "sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto" quale conseguenza dell'esercizio del diritto fondamentale all'identità sessuale, il che è una contraddizione, posto che in tal modo lo stesso dispiega una parziale negazione dello stesso diritto di autodeterminazione.

Il comma 26 dell'art. 1 della legge n. 76/2016 stabilisce in modo conciso che la sentenza di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, senza però specificare che l'effetto estintivo automatico dell'unione civile si determini al momento del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione anagrafica di sesso²⁶. La caducazione dello status acquisito con l'unione civile e la privazione di una disciplina e regolamentazione a seguito della modificazione del sesso, così come la conseguente assenza di una protezione anche laddove la coppia formalmente sciolta decidesse di contrarre matrimonio, solleva una questione di legittimità costituzionale giacché il differente grado di tutela offerto alle parti dell'unione civile e del matrimonio in presenza di una rettificazione del sesso si palesa in contrasto con gli artt. 2, 3 e 29 della Costituzione. Questa discriminazione, oltre a ricadere *in primis* sui diritti personalissimi, e quindi sulla dignità, libertà e autonomia della persona, comporta disparità che incidono fortemente anche sui diritti successori. La sopravvenuta morte di uno dei "partner", a seguito dello scioglimento dell'unione civile per mutamento di sesso, anche qualora fosse in programmazione l'imminente matrimonio, lascerebbe privo di tutela il partner superstite, spoglio di diritti successori considerando che, invece, laddove non si fosse verificato "lo scioglimento imposto", alla luce di quanto disposto dal comma 21 dell'art. 1 la legge n. 76 del 2016, alla parte superstite sarebbero stati garantiti i diritti spettanti ai legittimari, estendendosi alle parti delle unioni civili le disposizioni di cui al capo X, del titolo I, del libro secondo del codice civile.

L'assenza di una specifica indicazione al riguardo può persuadere ad applicare – in questa circostanza – il regime della "convivenza di fatto", disciplinata dal comma 36 dell'art. 1 della stessa legge, che definisce i conviventi di fatto quali "due persone maggio-

²⁴ A tale proposito, si v. S. PATTI, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione ancorché non più matrimoniale*, cit., p. 1052.

²⁵ Si v. Cass., ord. 6.6.2013, n. 14329, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 24.

²⁶ Si v. C.P. GUARINI, *Vicende estintivo-costitutive di "matrimonio" e "unione civile" a seguito di rettificazione anagrafica di sesso*, in AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto*, a cura di M. Gorgoni, Rimini, 2016, p. 136.



renni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile". Si tratterebbe comunque di un *minus* rispetto alla situazione giuridica che genera l'unione civile, che determina uno *status familiae* su cui invece non ha alcuna incidenza la convivenza di fatto. Questa soluzione è ulteriore prova della lacuna normativa e dell'asimmetria degli effetti del mutamento di sesso sul matrimonio e sull'unione, che ripresenta in diversa forma la discriminazione nei confronti delle unioni affettive omosessuali e la maggiore cautela e formalità garantita all'istituto del matrimonio.

4. La complessità dell'identità di genere mostra come il mutamento del sesso, anche nell'ambito di una coppia omosessuale, sia spesso un percorso condiviso e voluto da entrambi i membri della coppia che desiderano che la loro unione rimanga solida in un disegno di vita comune.

Il superamento del gap normativo è possibile solo rimeditando su due specifici assunti normativi: l'uno, il significato del matrimonio ed in particolare il requisito dell'eterosessualità della coppia, l'altro, l'evoluzione culturale ed ordinamentale del valore dell'identità di genere, non legata a requisiti prestabiliti, bensì intesa quale espressione dei diritti fondamentali della persona.

Occorre una riflessione sul significato del matrimonio nell'impianto costituzionale e sulla "partecipazione pubblicistica" nel diritto di famiglia, anche in ragione dell'oramai sgratolata immagine della sola ed iconica famiglia fondata sul matrimonio, quale unica isola lambita dal diritto²⁷, nonché del superamento del «dogma della monoliticità del fenomeno familiare»²⁸ che va al di là del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali.

Una rivisitazione del concetto di ordine pubblico – attraverso un'analisi di diritto comparato – potrebbe agevolare la configurazione di situazioni giuridiche soggettive, riconosciute in altri ordinamenti, considerando che in materia di diritti della persona, la transnazionalità del diritto si rileva essenziale per la loro piena attuazione²⁹. In Spagna, ad esem-

²⁷ Sull'argomento la letteratura è vastissima, *ex pluribus*, P. PERLINGIERI, *Famiglia e diritti fondamentali della persona*, in *Legal giust.*, 1986, p. 484; G. CATTANEO, *Il diritto di famiglia*, in *I cinquant'anni del codice civile – Atti del Congresso di Milano, 4-6 giugno 1992*, Milano, 1993, I, p. 140 ss.; G. AUTORINO, *Manuale di diritto di famiglia*, 3° edizione, Torino, 2015, *passim*; F.D. BUSNELLI, C. VIUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 768 ss.; V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità ad oggi*, Parte I, *Dalla «famiglia istituzione» alla «famiglia comunità»: centralità del «rapporto» e primato della «persona»*, in *Riv. dir. civ.*, 213, p. 1943; F. ROMEO, *Famiglia: sostantivo plurale? Sostantivo plurale?*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 68 ss., F. PARENTE, *I modelli familiari dopo la legge sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto*, in *Rassegna di diritto civile*, 3, 2017, p. 956 ss.; A.M. PARISI, «Arcipelago famiglia»: dalla famiglia di Elau" al diritto di famiglia, in www.comparazionedirittocivile.it/.

²⁸ Testualmente, G. AUTORINO, *Manuale di diritto di famiglia*, 3° edizione, Torino, 2016, p. 631.

²⁹ Sebbene il diritto sovranazionale abbia deciso rimettere ai legislatori nazionali la prerogativa di prevedere una normativa che riconosca alle coppie dello stesso sesso il diritto al rispetto alla vita familiare, non può sottovalutarsi l'interpretazione degli artt. 8, 12 e 14 della CEDU e gli artt. 7, 9, 21 della Carta dei diritti dell'Unione europea che spinga in questa direzione. Esplicativa in tal senso è la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 1337: Si v. anche Corte Europea dei diritti dell'uomo, 21 luglio 2015. Ricc. 18766/11 e 3603/11 Oliari e altri c. Italia; in particolare C. NARDOCCI, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, in www.forumcostituzionale.it/. Si v. anche le sollecitazioni rivolte agli Stati



pio, la legge del 1° luglio 2005 ha ammesso il matrimonio tra persone dello stesso sesso, e ciò è stato possibile grazie anche ad concetto di ordine pubblico spagnolo, contenuto nella costituzione spagnola del 1978, che si limita alla non violazione dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche sancite dalla Magna Carta, lettera della norma che dalla Corte Suprema e dalla Direzione generale dei Registri e Notai (DGRN) è stata interpretata nel senso che in materia matrimoniale, «l'ordine pubblico ha carattere relativo, variabile, elastico e flessibile, legato alla morale sociale o etica collettiva e conforme alla concezione sociale e politica di ogni momento storico»³⁰. Invero, assume particolare valenza anche l'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, che riduce l'ingerenza dell'autorità pubblica sull'esercizio di tale diritto solo agli stretti casi di necessità di tutela di un interesse pubblico.

L'eterosessualità del matrimonio potrebbe essere giustificata ove si rinvenisse il suo fondamento nel fattore procreativo e generativo, ma è ben noto che il legislatore non ha indicato questo aspetto quale uno degli elementi costitutivi del matrimonio, e molte sono le norme del codice civile dalle quali si evince un rapporto di autonomia tra matrimonio e procreazione. Si pensi all'art. 122 c.c. che enuncia i casi di annullabilità del matrimonio, in presenza di violenza ed errore, dai quali si evince come la condizione di infertilità di uno degli sposi occultata o sopravvenuta non sia una qualità personale che possa assumere rilevanza ai fini dell'impugnazione del matrimonio per errore. Si ponga mente anche all'art. 143 c.c. che indica i diritti e i doveri discendenti dal matrimonio, tra i quali non vi è quello procreativo³¹. Eppure, parte della dottrina individua la *ratio* delle differenze sostanziali tra i due istituti proprio nell'obiettivo, presente nel matrimonio e non nell'unione, di realizzare una "dimensione comunitaria volta alla crescita della prole" e ciò giustificherebbe – secondo questo orientamento – anche la maggiore interferenza pubblica che si riscontra nel matrimonio, soprattutto nella fase patologica³². La scelta del legislatore di rimettere lo scioglimento del vincolo dell'unione solo ed esclusivamente alle parti, anche disgiuntamente, senza che ciò implichi una valutazione da parte del giudice dimostrerebbe – secondo lo stesso

membri dal Parlamento europeo: le Risoluzioni del Parlamento europeo del 8.2.1994, del 16.03. 2000, 4.9. 2003, e da ultimo del 4.2.2014. Ad ogni modo, bisogna considerare che oggi numerosi sono gli ordinamenti che del vecchio continente che hanno riconosciuto il *same sex marriage*: Danimarca, Olanda, Finlandia, Belgio, Spagna, Norvegia, Svezia; Inghilterra, Portogallo, Francia, Islanda e Lussemburgo. Cfr. P. PASSAGLIA, *Matrimonio e unioni omosessuali in Europa, una panoramica*, in *Foro it.*, 2010, IV, c. 275.

La Corte Costituzionale, al pari di altre Corti costituzionali europee, ha escluso l'incostituzionalità delle norme codicistiche che riservano il matrimonio alle coppie eterosessuali, e pertanto non è stato ravvisato alcun vincolo per i legislatori nazionali di allargare l'istituto del matrimonio alle coppie di stesso sesso, tuttavia l'invito rivolto ai Parlamenti di individuare forme di riconoscimento di tutela delle unioni dello stesso sesso si evince in modo chiaro e indiscutibile²⁹. G. Ferrando, *Unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. italiana*, 7, 2016, p.1774.

³⁰ Testualmente, M.CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI, *La privatizzazione del diritto di famiglia in Spagna*, in *Famiglia*, 5, 2017, p. 540.

³¹ L'ordinamento spagnolo con legge 7 luglio 1981 ha eliminato l'impotenza tra gli impedimenti previsti per contrarre il matrimonio.

³² Testualmente, ed in tal senso R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 10, 2016, p. 1396.



orientamento dottrinale – che l’istituto dell’unione civile “rappresenta l’espressione più moderna e progressista propugnata a livello sociale”³³.

La “distorta prospettiva” che “le coppie omosessuali non posseggono i valori di stabilità ed esclusività”³⁴ si evince anche dall’omissione da parte del legislatore – a dispetto degli altri doveri matrimoniali – del richiamo alla fedeltà³⁵, scelta discriminatoria nonché occasione di strumentalizzazioni per coloro che intendono sovvertire le disposizioni del legislatore. Ma proprio queste difformità insieme ad altre, legate all’aspetto formale-procedimentale, riducono l’unione civile alla necessità di assecondare una volontà che non ha i caratteri della serietà e della vincolatività propri di una consapevole e matura volontà di condivisione di vita affettiva comune. Analogamente, sembrerebbe conferma di ciò la mancata previsione dell’obbligo di attendere un periodo di separazione dai sei mesi ad un anno prima di sciogliere l’unione, essendo sufficiente il decorso di soli tre mesi qualora l’unione non sia stata “consumata”; così il mancato obbligo delle pubblicazioni prima di contrarre l’unione è ulteriore elemento discriminatorio che muove dall’erronea convinzione che l’unione tra persone dello stesso sesso non sia ispirata ad una prospettiva di vita solida e duratura³⁶.

La forma giuridica offerta alle coppie omosessuali attraverso l’istituto dell’unione civile presenta, dunque, siffatte caratteristiche che non sono interamente ispirate ai valori costituzionali e alle libertà individuali da sempre propugnati nella lotta contro ogni discriminazione in ordine all’orientamento sessuale. L’approccio non avrebbe dovuto muovere dal riconoscimento di un nuovo diritto alle coppie omosessuali, ma dall’esigenza di rispettare il diritto costituzionale di ciascun individuo di esprimere la propria libertà, autonomia e per-

³³ Così, R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, cit., 1395. L’A. sostiene che la disciplina delle unioni civili potrà rappresentare in futuro un modello d’ispirazione per il legislatore proprio per il loro carattere di modernità e per il processo di privatizzazione del diritto di famiglia che esso rappresenta.

³⁴ Così, C. TROISI, *Diritti e doveri nelle unioni civili*, in www.comparazionediritto civile.com/, p. 3, ove l’A. analizza le differenze con i diritti e doveri derivante dal matrimonio.

³⁵ L’art. 1, comma 11 della legge n. 76/2016 riproduce il dettato dell’art. 143 c.c. che disciplina i diritti e i doveri dei coniugi, omettendo però l’esplicito riferimento al dovere di collaborazione e all’obbligo di fedeltà, quest’ultimi invece previsti in una prima versione del disegno di legge. La scelta di espungere il dovere di fedeltà è, invero, in parte espressione di un ulteriore tentativo di differenziare dei partner dai coniugi. Così, F.D. BUSNELLI, *Architetture costituzionali, frantumi europei, incursioni giurisprudenziali, rammendi legislativi. Quale futuro per la famiglia?*, in AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, a cura di M. Gorgoni, Santarcangelo di Romagna, 2016, XXIII. Questa legge si rivela un evidente compromesso della compagine politica e lo si evince soprattutto dalla lettura del testo iniziale del d.d.l. (S. 2081) ove il richiamo alla normativa del matrimonio comprendeva anche gli aspetti patologici dello stesso. Cfr. F. AZZARRI, *Il rilievo giuridico della fedeltà nei rapporti di famiglia*, in *Famiglia*, 4, 2017, p. 423 ss. L’A. compie un’analisi comparata con l’ordinamento tedesco ed evidenzia come nel nostro ordinamento l’obbligo di fedeltà ha la principale funzione di rilevare ai fini del divorzio con addebito e che, sebbene non possa pertanto esservi un richiamo in tal senso, la l. n. 76/2016, all’art. 1, venticinquesimo comma, fa rinvio all’art. 5, sesto comma, l. n. 898/1970, dal quale si evince che, nella pronuncia dello scioglimento dell’unione, il giudice può stabilire una corresponsione di un assegno, la cui quantificazione viene determinata non solo in ragione della necessità di tutelare chi non abbia i mezzi adeguati, ma anche in considerazione delle «ragioni della decisione» che hanno fatto naufragare il rapporto, che di fatto potrebbero concretizzarsi nella violazione di un obbligo personale e pertanto in una infedeltà. Sullo stralcio dell’obbligo di fedeltà si v. anche M. RINALDO, *Unioni civili e convivenze nell’era della codificazione delle “nuove famiglie”*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, 3, p. 998.

³⁶ D’altronde, l’assenza delle pubblicazioni, previste per il matrimonio, rende più probabile il mancato rilevamento da parte del pubblico ufficiale della presenza di impedimenti.



sonalità attraverso l'istituto del matrimonio in un ordinamento ove l'identità e l'orientamento sessuale non condizionano il diritto all'autodeterminazione. Né per altro verso, alla luce degli studi dottrinali che hanno legittimato l'evoluzione del concetto di famiglia, è possibile restringere il matrimonio alle coppie eterosessuali, anche in ragione del dato, dimostrato dalla stessa normativa codicistica, che il matrimonio è sganciato dal fattore procreativo.

Il raffronto dei vincoli nascenti dagli istituti del matrimonio e dell'unione civile deve essere compiuto con la consapevolezza, condivisa a livello sovranazionale, dell'attuale polisemico concetto della famiglia e della intensa sensibilità giuridica sviluppatasi verso le multiple esplicazioni del diritto di autodeterminazione, massimamente rappresentato dalla cultura dei LGBT (lesbiche, gay, bisessuali, queer³⁷ e transgender)³⁸. L'unico limite dell'autodeterminazione è la tutela dell'interesse del minore che impone la difesa della logica dello status, rinnovata in ragione della nuova primavera dei diritti umani. Difatti, la nuova stagione delle riforme³⁹ a cui si sta assistendo anche sulla forte spinta europea, ha indotto gli interpreti a discorrere di "privatizzazione del diritto di famiglia"⁴⁰, proprio alla luce

³⁷ Sessualmente, etnicamente o socialmente eccentrico rispetto alle definizioni di normalità codificate dalla cultura egemone.

³⁸ Vi è chi criticamente osserva come si stia assistendo ad una rivoluzione culturale nella quale «i detentori della nuova Etica non sono più i Governi o gli Stati o i cittadini, ma gruppi di persone che perseguono loro personali interessi con una dolce prepotenza, rivestendo le loro battaglie con il vittimismo di chi non vuole essere giudicato, criminalizzato o discriminato». Così M.E. RUGGIANO, *Il gender negli Stati Uniti d'America: nascita ed evoluzione*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, 4, pp. 1394-1395 e p. 1420 ove l'A. rileva come si stia assistendo ad un grande cambiamento epocale "il passaggio da una civiltà basata sul dovere a quella fondata sui diritti". L'autrice ripercorre la nascita e lo sviluppo della ideologia gender, riferendo in particolare modo dell'esperienza americana, nella quale negli ultimi vent'anni, a partire dalla Presidenza Clinton, sono state adottate politiche di protezione volte a rimuovere ogni forma di discriminazione sull'orientamento sessuale, soprattutto in ambito lavorativo, politiche che hanno assunto un carattere maggiormente pragmatico con l'amministrazione del Presidente Obama. Tuttavia, questa sensibilità crescente ha avuto un primo arresto con la presidenza di Donald Trump con una posizione più rigida e "tradizionale" controbilanciata però da *lobbies* molto rappresentative del diritto dei transgender. Ad esempio, viene riferita la cancellazione dal parte del governo Trump della direttiva del Presidente Obama con la quale si chiedeva alle scuole di lasciare agli studenti transgender la libertà di decidere quale bagno utilizzare, direttiva che aveva preso le mosse dalla volontà di contrastare la famosa legge sulle *Public Facilities Privacy and Security Act*, la c.d. *Bathroom Bill*, disposta dallo Stato Federale del North Carolina che permetteva l'accesso ai bagni pubblici in conformità al sesso dichiarato nei documenti ufficiali identificativi dell'identità.

³⁹ Dagli anni '70 ad oggi il diritto di famiglia ha vissuto interventi legislativi che hanno completamente modificato l'originario assetto del diritto di famiglia: si pensi alla riforma del diritto di famiglia del 1975 che ha abolito la patria potestà, permesso il riconoscimento del figlio naturale ed equiparato i diritti e i doveri dei genitori, alla legge sul divorzio del 1970 n. 899 e alla legge sull'aborto del 1978 n. 194. Si pensi alla legge sulla procreazione assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40) alla normativa sulla filiazione che ha equiparato i figli nati al di fuori del matrimonio a quelli nati all'interno del matrimonio, all'introduzione della procedura di negoziazione assistita per il divorzio (l. 10 novembre 2014, n. 162), alla legge sul divorzio breve che riduce il tempo intercorrente tra la separazione e lo scioglimento del matrimonio (l. 11 maggio 2015 n. 107) e da ultimo alla legge sulle unioni civili emanata il 20 maggio 2016 n. 76.

⁴⁰ Il tema della privatizzazione della famiglia è stato oggetto del Congresso internazionale del diritto di famiglia, intitolato «The privatization of Family Law», svoltosi a Oviedo, in data 29 e 30 settembre 2017. Questo aspetto è stato in particolare colto da M.R. MARELLA, *The privatization of Family Law: limits, gaps, blackleshes*, in *Familia*, 2017, 6, p. 611 ss. Si v. anche L. BALLERINI, *The privatization of Family Law in Italy*, in *Familia*, 2017, 5, p. 515.



della maggiore autogestione del governo della famiglia e della crescente tensione tra status e contratto.

La reale evoluzione si avrà quando concretamente non si compirà alcuna distinzione di sesso e/o orientamento sessuale, uscendo da paradigmi definiti, come la coppia eterosessuale e la coppia omosessuale. Si deve ambire ad un'attuazione del principio di uguaglianza che non trascuri l'attuale era post-moderna, ove il diritto all'autodeterminazione e alla libertà di espressione hanno reso lecita l'ideologia gender con tutte le sue forme esplicative che hanno in comune il riconoscimento di persone che non sentono di appartenere né al genere maschile, né a quello femminile, discostandosi pertanto la questione dalla difformità della propria percezione rispetto al sesso attribuito alla nascita. Ne consegue la reclamata necessità di compiere valutazioni che esulino dall'orientamento sessuale e dall'identità di genere attribuita alla nascita o in un momento successivo. Solo l'accettazione di questa poliforme espressione della persona consente di rimuovere ogni ostacolo all'attuazione del principio di uguaglianza.

Si comprende allora come la disciplina delle unioni civili segni solo una tappa del lungo percorso volto a rimuovere ogni forma di discriminazione fondata sul sesso e sull'orientamento sessuale.

D'altronde, bisogna osservare come le esperienze europee – e non solo – mostrino come le unioni civili si siano rivelate soluzioni transitorie, un primo passo verso ulteriori aperture nella tutela delle unioni familiari. La Francia, ad esempio, ha aperto l'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali nel 2013, mentre dal 1999 aveva regolamentato i *Pacs* (Patti civili di solidarietà) e il *Concubinage* (la convivenza); analogamente la Gran Bretagna aveva introdotto fin dal 2004 la *Civil partnership* per coppie omosessuali, con diritti e doveri sostanzialmente identici a quelli attribuiti in forza del matrimonio, ma solo quasi dieci anni dopo, nel 2013, ha riconosciuto il *same sex marriage*. In Spagna la riforma del 2005, che ha introdotto l'irrelevanza della eterosessualità nel matrimonio, è stata preceduta da una copiosa legislazione autonoma che aveva portato al riconoscimento delle *uniones de hecho*, grazie *in primis* alla ruolo trainante della Catalogna⁴¹. Anche volgendo lo sguardo oltreoceano, ed in particolare al territorio degli Stati Uniti, si constata come la nota sentenza della Corte Suprema Federale, *Obergefell v. Hodges*⁴², del giugno 2015, con la quale fu dichiarata l'incostituzionalità della limitazione del matrimonio alle sole coppie eterosessuali, sia stata preceduta da interventi normativi nazionali e da pronunce delle Corti Supreme nazionali, che istituivano le unioni civili replicando, seppur spesso in modo riduttivo, il regime giuridico dell'istituto matrimoniale⁴³.

⁴¹ Fin dal 1998 la Catalogna aveva introdotto le *uniones de hecho* e nel 2005 questa comunità, insieme ad Aragona, Navarra e Paesi Baschi ha introdotto siffatte convivenze senza alcuna distinzione legata all'orientamento sessuale dei partners, nemmeno per l'accesso all'adozione.

⁴² Per un approfondimento sull'esperienza americana, ed in particolare sulla valenza dell'*equal protection clause* e del *substantive due process clause* a fondamento della legittimità costituzionale del *same sex marriage*, sia consentito il rinvio a V. BARELA, *Same sex marriage nell'interpretazioni delle Corti Supreme americane*, in www.comparazionedirittocivile.it/.

⁴³ La scelta è stata più volte dettata dal negato riconoscimento della componente genitoriale nelle unioni omosessuali, ma le discipline in tema di adozioni accolte in alcuni Stati, favorevoli ad un'adozione compiuta da omosessuali, hanno mostrato l'incongruenza di tale scelta normativa.



L'accesso al matrimonio a tutte le persone indipendentemente dalla propria inclinazione sessuale ed identità di genere, dunque, è l'unica scelta che non solleverebbe questioni di costituzionalità, giacché piegata alla piena attuazione dei principi costituzionali nazionali e sovranazionali⁴⁴.

L'intervento del legislatore, che nel 2016 ha introdotto le unioni civili nel nostro ordinamento, si rivela, in tale prospettiva, un'occasione persa. E' mancato il coraggio – e forse i tempi non erano maturi, anche in ragione della profonda spaccatura che l'iter legislativo ha evidenziato tra le forze parlamentari e nel Paese – di portare a compimento un'operazione che, faticosamente e non senza ritardi, è giunta all'istituzione delle unioni civili che, tuttavia, non possono rappresentare l'ultima tappa di un percorso volto alla completa affermazione del diritto all'uguaglianza.

⁴⁴ Non secondaria è l'attività svolta dal Consiglio d'Europa che nel 2009, ad esempio, ha adottato il documento "diritti umani e identità di genere" recependo i Principi di Yogyakarta che costituiscono parte del progetto presentato nel 2007 al Consiglio ONU per la tutela dei diritti umani. I Principi di Yogyakarta segnano un passaggio importante per la piena consapevolezza e riconoscimento e tutela delle libertà di orientamento sessuale e dell'identità di genere, quali due concetti autonomi e non necessariamente correlati.



DIRITTI E DOVERI NELLE UNIONI CIVILI

CLAUDIA TROISI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Diritti e doveri dell'unione civile. – 2.1. Esclusione del dovere di fedeltà. – 2.2. Doveri di assistenza, coabitazione e contribuzione. – 3. L'indirizzo della vita familiare. – 4. Regime patrimoniale nell'unione civile. – 5. Estensione di istituti civilistici. Gli ordini di protezione. – 5.1. Istituti a tutela degli incapaci nell'unione civile. – 5.2. Annullamento del contratto per violenza. – 5.3. Indennità da rapporto di lavoro. – 5.4. La sospensione della prescrizione. – 5.5. L'obbligo di prestare gli alimenti. – 5.6. Successioni. – 6. Disciplina dello scioglimento dell'unione civile.

1. La legge 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. legge Cirinnà), intitolata “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”, ha introdotto nel nostro ordinamento la disciplina delle unioni civili tra omosessuali, quale specifica formazione sociale¹, nonché la disciplina delle convivenze di fatto, sia etero che omosessuali.

Con l'entrata in vigore di suddetta riforma, si apre uno scenario complesso nel quale si potranno verificare quattro diverse situazioni: il matrimonio, che presuppone un'unione tra persone di sesso diverso; l'unione civile tra persone dello stesso sesso; la convivenza di fatto, registrata all'Anagrafe (sia tra persone dello stesso sesso che di sesso diverso); la convivenza di fatto non registrata.

Con l'approvazione della legge 76/2016, l'Italia si allinea agli altri ordinamenti europei ed extraeuropei che riconoscono e prevedono una regolamentazione dei legami stabili eterosessuali e omosessuali, raggiungendo un importante traguardo in materia di riconoscimento dei diritti civili².

Le unioni civili, dunque, riguardano solamente persone dello stesso sesso, che in Italia non possono sposarsi ma che desiderano regolamentare la loro unione con un vincolo molto simile a quello matrimoniale, che comporta il riconoscimento di alcuni diritti e doveri.

L'istituto dell'unione civile, così come il matrimonio, trova il suo fondamento nei principi costituzionali, in forza non già dell'art. 29 cost., bensì degli artt. 2 e 3 cost., relativi ai diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità, e all'uguaglianza dei cittadini senza distinzione di sesso. Si tratta, cioè, di un istituto diverso dal vincolo nuziale, non è equiparato al matrimonio civile negli aspetti formali e non prevede una cerimonia né adempimenti preliminari, ma tende a ricreare una regolamentazione analoga al matrimonio in relazione ai diritti e doveri che devono ispirare la vita di coppia.

¹ Cass., sent. 138/2010.

² L. GUAGLIONE, *La nuova legge sulle unioni civili e convivenze*, Roma, 2016, p. 63 ss.



2. L'art. 1, comma 11 della legge 76/2016 stabilisce i diritti e doveri derivanti dall'unione civile tre persone dello stesso sesso, che caratterizzano il nuovo istituto e che gli attribuiscono un particolare valore morale e sociale. La norma riproduce pedissequamente l'art. 143 c.c., che disciplina i diritti e doveri dei coniugi, ad eccezione del dovere di collaborazione e dell'obbligo di fedeltà.

Il testo della norma prevede, precisamente, che *«con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni»*.

In una prima versione³, il disegno di legge prevedeva l'applicazione per intero degli articoli del c.c., che disciplinano i diritti e i doveri reciproci dei coniugi⁴, alle unioni civili; tuttavia, in adesione alla critica di una eccessiva equiparazione delle unioni civili al trattamento del matrimonio, il testo del disegno di legge fu successivamente modificato, con la previsione di alcune differenze rispetto alla disciplina dettata per il matrimonio, per demarcare i contorni di alterità.

Altra differenza con il corrispondente art. 143 c.c. in materia di unione matrimoniale è l'utilizzo di una perifrasi (persone dello stesso sesso) al posto del termine "coniugi", dal momento che la nuova legge non ha coniato un termine alternativo a "coniuge" per definire i componenti dell'unione civile. Ciò, verosimilmente, allo scopo di creare un istituto analogo ma diverso rispetto al matrimonio, nel tentativo di creare un compromesso tra sensibilità politiche differenti, pur lasciando all'istituto matrimoniale un ruolo di maggiore istituzionalità⁵.

Inoltre, si nota l'omissione nel titolo del comma 11 del termine "reciproci" riferito ai diritti e doveri derivanti dall'unione civile, termine invece presente nel titolo dell'art. 143 c.c. (rubricato, appunto, "diritti e doveri reciproci dei coniugi"); non pare, tuttavia, che tale omissione assuma un rilievo sostanziale posto che nel testo del comma 11 è poi espressamente sottolineata la reciprocità dei diritti e doveri nascenti dall'unione civile.

Anche l'inciso finale del comma 11 riproduce il contenuto dell'art. 143, comma 3, c.c., ma il riferimento al dovere dei coniugi di contribuire secondo capacità e possibilità ai "bisogni della famiglia" è sostituito dal meno impegnativo riferimento ai "bisogni comuni". Allo stesso modo, nel comma 12 il dovere di fissare la "residenza della famiglia" (art. 144 c.c. in relazione al matrimonio) si traduce nel dovere di fissare la "residenza comune".

Le sia pur "politicamente" significative differenze lessicali, tuttavia, non giustificano una differenza in termini sostanziali, in relazione ai diritti e doveri, tra unione civile e matrimonio⁶. Le richiamate modifiche ed omissioni valgono, pertanto, ad evidenziare

³ Marzo 2015.

⁴ Mi riferisco agli artt. 143, 145, 146, 147, 148, 342 *bis*, 342 *ter*, 417, 426 e 429 c.c.

⁵ B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016, p. 182 ss.

⁶ G. CASABURI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso nella l. 20 maggio 2016 n. 76*, in *Foro it.*, 2016, 6, c. 2252.



l'impostazione "paramatrimoniale"⁷ che il legislatore ha voluto imprimere anche alla riforma, in sintonia con l'assetto tradizionale dei valori esistente nel nostro ordinamento.

2.1. L'omissione del richiamo al dovere di fedeltà delle parti dell'unione civile nel comma 11 della legge 76/2016, che era invece contenuto nell'art. 3, comma 1, del disegno di legge originario, ha destato non poche perplessità.

Rimuovere la fedeltà dai diritti-doveri dell'unione omosessuale, tra i quali si sarebbe potuta inserire senza enfasi, è stato dunque un atto volutamente politico⁸.

La scelta legislativa esprime probabilmente l'intenzione di distanziare il più possibile l'unione civile dal matrimonio in ordine a una previsione di forte rilevanza simbolica, finendo con l'avallare una concezione tradizionale di superiorità dell'istituto matrimoniale.

Ciò, nella distorta prospettiva che le coppie omosessuali, pur potendo accedere al nuovo istituto delle unioni civili, non posseggono quei valori di stabilità ed esclusività, tipiche del matrimonio, che giustificano la previsione del dovere di fedeltà, che resterebbe, dunque, caratteristica del solo istituto matrimoniale⁹.

In concreto, dunque, il legislatore ha affidato al potere di autoregolamentazione delle parti l'aspetto connesso alla lealtà reciproca nell'ambito della relazione affettiva¹⁰.

Probabilmente, sempre nella prospettiva di depotenziare l'unione civile rispetto al modello matrimoniale, si è provveduto alla rimozione di tutto ciò che ruota intorno alla sessualità, dalla consumazione alla procreazione per finire, appunto, all'infedeltà¹¹.

Tale volontà di depotenziamento dell'unione civile, che concentra sulla fedeltà tutti gli aspetti fisici, lasciando quelli spirituali all'assistenza morale, spiega perché l'assistenza, ma non la fedeltà, sia stata infine estesa alle coppie omosessuali, confermando implicitamente la riconduzione del *favor matrimonii* sul piano costituzionale alla funzione procreativa primaria svolta dalla famiglia legittima¹².

L'obbligo di fedeltà trova ancora la sua *ratio* nella naturale proiezione della relazione eterosessuale coniugale verso la procreazione, e la sua esclusione per l'unione civile pare ricondursi, appunto, alla volontà di escludere dal nuovo quadro normativo ogni prospettiva procreativa dell'unione civile tra persone dello stesso sesso¹³.

Resta, tuttavia, da identificare il contenuto dell'obbligo di fedeltà che ha, peraltro, subito nel corso del tempo progressive evoluzioni.

Originariamente riferito alla mera sfera sessuale, nell'antico regime la sua violazione era sanzionata civilmente e penalmente quasi esclusivamente nei confronti della moglie. Con la riforma del 1975, e con l'approdo, dunque al principio di eguaglianza dei coniugi,

⁷ L. GUAGLIONE, *op. cit.*, p. 64.

⁸ L. OLIVERO, *Unioni civili e presunta licenza d'infedeltà*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, fasc. 1, p. 213.

⁹ L. GUAGLIONE, *op. cit.*, p. 66.

¹⁰ G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2016, p. 49.

¹¹ L. OLIVERO, *op. cit.*, p. 213 ss.

¹² G. BALLARANI, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. una prima lettura critica*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, 3, p. 637.

¹³ G. BALLARANI, *op. cit.*, p. 637.



l'obbligo di fedeltà non solo diviene reciproco, ma viene ad essere sempre più debolmente sanzionato¹⁴.

Quanto poi al suo contenuto, esso non viene più inteso in senso meramente negativo, come obbligo di astenersi da rapporti sessuali con persone diverse dal coniuge, ma ancor prima, in senso positivo, come dedizione fisica e spirituale di un coniuge all'altro, come impegno di fiducia e di lealtà reciproca¹⁵.

La recente giurisprudenza ha, infatti, evidenziato come il mero dovere di fedeltà sessuale viene sostituito e completato, alla luce delle linee di riforma del 1975 che tende ad esaltare l'elemento affettivo, con un dovere di fedeltà basato su un impegno globale di devozione che presuppone una comunione spirituale e materiale, del quale la fedeltà sessuale è evidentemente solo un aspetto¹⁶.

La fedeltà così ricostruita rappresenta soprattutto lealtà reciproca, e ben si armonizza con l'obbligo di mutua assistenza morale, collaborazione e sostegno in ambito affettivo, psicologico e spirituale, nel delineare una relazione in cui ciascuno partner riserva all'altro la posizione di compagno esclusivo della vita¹⁷.

In altri termini, la violazione del dovere di fedeltà incide profondamente sul rapporto di coppia, deteriorandone l'armonia e la stima reciproca (*affectio*), spesso rendendo intollerabile la prosecuzione della convivenza¹⁸.

La fedeltà, riguardata in questa prospettiva più ampia, non avrebbe forse bisogno di una menzione espressa, essendo caratteristica intrinseca di ogni unione familiare, dunque, sia del matrimonio, sia dell'unione civile, volti entrambi alla realizzazione di una vita comune, ad attuare il comune progetto e farlo crescere.

Ne deriva che una stabile e formalizzata vita di coppia, sia eterosessuale (con il matrimonio) che omosessuale (con l'unione civile), priva del dovere di fedeltà, inteso in senso attuale e completo, sarebbe intrinsecamente inconfigurabile e priva del suo significato ontologico¹⁹.

Pertanto, negare l'esistenza di un dovere di fedeltà, inteso nel senso sopra descritto, nell'unione civile equivale a negare ad essa la natura di stabile ed esclusivo legame affettivo di coppia, entrando in contraddizione con la funzione che il legislatore stesso ha inteso attribuire al nuovo istituto.

Per quanto riguarda l'unione civile, dunque, ben può dirsi che dalla sua costituzione derivano, al pari di quanto accade con il matrimonio, impegni di lealtà, oltre che di collaborazione, in vista del perseguimento dello scopo comune: costituire e preservare la comunione di vita in cui l'unione si sostanzia²⁰.

¹⁴ Per un approfondimento G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, diretto da P. Schlesinger, II ed., Milano, 2015, p. 176 ss.

¹⁵ Cass. civ., sez. I, n. 8862/2012.

¹⁶ Cass. civ., sez. I, n. 17193/2011.

¹⁷ G. FERRANDO, *La disciplina dell'atto. gli effetti: diritti e doveri (Commento a l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Famiglia e diritto*, 2016, fasc. 10, p. 894.

¹⁸ Cass. civ., sez. I, n. 2059/2012.

¹⁹ L. GUAGLIONE, *op. cit.*, p. 67.

²⁰ E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto* (Relazione al Convegno "Modelli familiari e nuovo diritto", Padova, 7-8 ottobre 2016), in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2016, 12, p. 1692.



Va ricordato, inoltre, che la presenza di altri doveri di forte contenuto, simbolico quanto concreto, come la reciproca assistenza morale e materiale, la coabitazione e dunque la fissazione di una residenza comune, la contribuzione ai bisogni comuni, l'unicità del rapporto di unione (stante il divieto di contemporaneo legame con altra persona ex art. 1, comma 4, lett. a) concorrono ad attribuire alle unioni civili quel carattere di vincolo di natura personale (ovvero non esclusivamente materiale ed economico)²¹.

Dunque, il carattere personale del rapporto, l'unicità dello stesso nonché la quotidianità del vivere insieme creano un vincolo nel quale è implicita la sussistenza di lealtà reciproca.

Non può, tuttavia, ignorarsi il dato normativo consistente nella omessa indicazione, nel comma 11 della legge 76/2016, del riferimento al dovere di fedeltà (che invece, si badi, era presente nella versione originaria del disegno di legge).

A ben vedere nell'unione civile manca, dunque, la previsione di un obbligo di fedeltà intesa nel senso più ristretto, quale fedeltà sessuale, peraltro notevolmente affievolita nel suo apparato sanzionatorio anche con riferimento al matrimonio²².

Il significato di tale omissione nell'unione civile potrebbe, peraltro, avere un significato evolutivo, stando a significare che le relazioni sessuali tra i partner escono dalla sfera di controllo da parte del diritto e vengono consegnate – ad eccezione dell'ipotesi della violenza (stante il richiamo agli artt. 342 *ter* da parte del comma 14) - per intero alla sfera privata.

In tale prospettiva, nella disciplina delle unioni civili, il diritto farebbe un passo indietro (da più parti auspicata anche per il matrimonio²³), riconoscendo la presenza di un limite oltre il quale i comportamenti non sono giudicati dal diritto e dalle sue regole ma, piuttosto, da quelle del costume, della morale, della religione²⁴, in un'ottica riconducibile ad una diversa considerazione dei rapporti tra famiglia e diritto.

2.2. Il riferimento contenuto nel comma 11 della legge 76/2016 all'obbligo di assistenza morale e materiale e di coabitazione è coincidente con la normativa dedicata al matrimonio (art. 143 c.c.).

Per assistenza morale s'intende il dovere di assicurare al partner condivisione e attenzione nella vita quotidiana e aiuto nei momenti di difficoltà.

L'obbligo di assistenza materiale ha, invece, una connotazione più concreta, legata al dovere di fornire tutto il necessario per un'esistenza libera e dignitosa²⁵.

Tale obbligo di assistenza viene valorizzato sul piano del principio di parità delle parti dell'unione, il quale implica che gli uniti si proteggano e si aiutino reciprocamente nel costante impegno volto al mutuo sostegno tanto nelle necessità quotidiane quanto nella sfera spirituale ed affettiva.

Rispetto al dovere di reciproca assistenza morale e materiale, va evidenziato che i conviventi sono pur sempre tenuti ad alimentare il rapporto con comportamenti rispettosi

²¹ B. DE FILIPPIS, *op. cit.*, p. 184.

²² G. FERRANDO, *op. cit.*, p. 895 ss.

²³ Cfr. G. FERRANDO, *op. cit.*, p. 895 ss.

²⁴ B. DE FILIPPIS, *op. cit.*, p. 112 ss.

²⁵ B. DE FILIPPIS, *op. cit.*, p. 185.



degli obblighi reciproci, identici a quelli previsti per i coniugi. Pertanto, i membri della coppia devono essere proiettati verso un progetto di vita comune che presuppone assistenza e protezione reciproca²⁶.

Un dovere di assistenza morale e materiale così formalizzato dovrebbe far venir meno l'esigenza di ricorrere allo strumento dell'obbligazione naturale come fonte giustificativa del consolidarsi nel patrimonio del beneficiario di attribuzioni patrimoniali effettuate spontaneamente dall'altro convivente²⁷.

L'obbligo di coabitazione, inoltre, previsto dal comma 11 della legge 76/2016, deve intendersi, al pari della disciplina relativa al matrimonio, come obbligo di non allontanarsi dal luogo di residenza familiare (o meglio "comune"), se non per periodi temporanei e per giustificate e concordate ragioni.

Invero, la previsione del dovere di coabitazione implica un contenuto essenziale inderogabile, rappresentato dalla necessità di costituire un luogo adibito a sede della vita comune della coppia. Altro, poi, è invece la considerazione che l'effettiva, costante convivenza non rappresenti connotato indefettibile di una qualsiasi unione familiare, non rappresenta, cioè, un elemento capace di mettere in discussione, qualora mancasse, la stabilità e serietà dell'unione²⁸.

Va sottolineato, sul piano sanzionatorio, che risulta applicabile alle unioni civili l'art. 146 c.c., espressamente richiamato dal comma 19, il quale prevede la sospensione dell'obbligo di assistenza morale e materiale ove il *partner*, allontanatosi senza giusta causa dalla residenza familiare, rifiuti di ritornarvi.

L'ultimo periodo del comma 11 della legge 76/2016 prevede l'obbligo a contribuire ai bisogni comuni (non già della "famiglia", come già anticipato) per entrambe le parti, in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo.

L'obbligo di contribuzione sottolinea l'aspetto solidaristico dell'unione, dovendo entrambe le parti apportare quanto necessario e fare quanto è nelle proprie possibilità e capacità per rendere possibile la realizzazione del comune progetto di vita²⁹.

Anche nell'unione civile, come nella disciplina del matrimonio, l'obbligo di contribuzione è ripartito secondo criteri di proporzionalità e di equivalenza tra le diverse tipologie di apporti: cioè, può trattarsi di lavoro professionale e casalingo.

²⁶ F. ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2016, fasc. 4, p. 667 ss.

²⁷ In giurisprudenza la reciproca assistenza tra i conviventi *more uxorio*, in quanto espressione di quei doveri morali e patrimoniali di solidarietà posti a fondamento di ogni comunità di tipo familiare, poteva dare luogo ad una obbligazione naturale. *Ex multis* Cass., 22 gennaio 2014, n. 1277; Cass., 15 maggio 2009, n. 11330. Secondo la Corte, appunto, «le unioni di fatto, quali formazioni sociali che presentano significative analogie con la famiglia formatasi nell'ambito di un legame matrimoniale e assumono rilievo ai sensi dell'art. 2 Cost., sono caratterizzate da doveri di natura morale e sociale di ciascun convivente nei confronti dell'altro, che si esprimono anche nei rapporti di natura patrimoniale. Ne consegue che le attribuzioni patrimoniali a favore del convivente "more uxorio" effettuate nel corso del rapporto (nella specie, versamenti di denaro sul conto corrente del convivente) configurano l'adempimento di una obbligazione naturale ex art. 2034 cod. civ., a condizione che siano rispettati i principi di proporzionalità e di adeguatezza».

²⁸ G. DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1-34 dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2015, n. 5*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2017, 1, p. 109; L. GUAGLIONE, *op. cit.*, p. 65.

²⁹ G. FERRANDO, *op. cit.*, p. 895 ss.



Il riferimento congiuntivo e non alternativo alle due forme di lavoro può intendersi - forse oltre quelle che erano le intenzioni del legislatore - come presa d'atto che nelle famiglie attuali sempre meno vi sono rigidi criteri di divisione del lavoro tra i suoi componenti³⁰.

La determinazione in concreto delle modalità (apporti di denaro, messa a disposizione di beni, soddisfacimento diretto dei bisogni) e del *quantum* del contributo di ciascuno è affidata alla regola dell'accordo delle parti³¹.

Piuttosto, a destare qualche dubbio è la mancata previsione nella l. n. 76/2016 del dovere di *collaborazione nell'interesse della famiglia* che, invero, non si lascia ben distinguere dall'assistenza morale e materiale³², tenuto conto anche del fatto che la collaborazione costituisce il presupposto per raggiungere un accordo sulle decisioni familiari³³.

Una spiegazione plausibile di tale lacuna si potrebbe rinvenire nella volontà di negare alle unioni civili l'applicabilità della parola famiglia³⁴ - come pare suffragato dal periodo successivo nel quale si dice che i contraenti civili sono tenuti a contribuire ai bisogni "comuni" e non già ai bisogni della "famiglia", come compare nella disciplina matrimoniale³⁵.

Qualunque motivazione si adduca per spiegare tale omissione, non sembra tuttavia che il mancato riferimento all'obbligo di collaborazione attenui o renda meno rilevanti i doveri spettanti ai contraenti rispetto a quelli dei coniugi, ferma restando, in ogni caso, la presenza del dovere di contribuzione ai bisogni comuni, nonché l'obbligo di assistenza morale e materiale³⁶.

Invero, risulta complicato individuare uno spazio di operatività autonomo e definito del dovere di collaborazione, che sia scisso dall'assistenza e dalla contribuzione (e del quale costituisce, per taluno, mera specificazione), al fine dunque di attribuire un significato preciso a tale omissione per le unioni civili³⁷.

L'interpretazione più ragionevole, in coerenza con l'intero impianto della riforma specialmente nella sua versione emendata e definitiva, pare quella che attribuisca un significato meno intenso e rilevante all'entità creata dall'unione civile rispetto alla famiglia fondata sul matrimonio.

3. Il comma 12, art. 1, della legge 76/2016 presenta un contenuto speculare alla rispettiva norma in materia di matrimonio, ovvero l'art. 144³⁸ c.c.

³⁰ A. FIGONE, *Matrimonio e unioni civili: differenze e analogie*, in *il Familiarista.it*, 2016.

³¹ Si ripropongono per l'unione civile le medesime questioni problematiche affrontate in relazione al matrimonio, ad esempio alla derogabilità o meno del criterio di proporzionalità, ai limiti entro cui l'accordo può operare, alla responsabilità nei confronti dei terzi per le obbligazioni che ciascuno contrae nell'interesse comune, all'efficacia *rebus sic stantibus* dell'accordo. Sul punto cfr. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2015, p. 71 ss.

³² F. ROMEO, *op. cit.*, p. 668.

³³ G. FERRANDO, *op. cit.*, p. 894.

³⁴ L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *Iuscivile*, 2, 2016, p. 97.

³⁵ B. DE FILIPPIS, *op. cit.*, p. 187.

³⁶ B. DE FILIPPIS, *op. cit.*, p. 187.

³⁷ E. QUADRI, *op. cit.*, p. 1692.

³⁸ L'art. 144 c.c. prevede che «I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa. A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato».



In entrambi i casi è previsto che le parti (i “coniugi” nell’art. 144 c.c.) debbano concordare tra loro l’indirizzo della vita familiare³⁹ e fissare la residenza comune, inoltre a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l’indirizzo concordato.

L’accordo riguarda, dunque, il tenore di vita della famiglia, le concrete modalità contributive dei suoi membri, i criteri di collaborazione reciproca, la residenza comune e gli altri affari della famiglia⁴⁰.

Si tratta dell’esplicazione della c.d. “regola dell’accordo”, posta a presidio del principio di parità e uguaglianza, che è stata mutuata simmetricamente dalla disciplina del matrimonio, quale modalità di relazione tra le parti in corso di rapporto. Tale regola pervade il rapporto familiare come unione civile: la ricerca dell’accordo, quale diritto/dovere di autoregolamentazione concorde ed armonica della vita di coppia, è il metodo che la legge impone⁴¹ per la miglior attuazione dei diritti/doveri nascenti dall’unione e si sostanzia nell’obbligo reciproco di tenere conto del parere dell’altro, abbracciando tutti gli aspetti della convivenza. La ricerca di un’intesa è ritenuta la miglior salvaguardia della vita comune, così implicitamente costituendo ulteriori diritti/doveri proprio di siffatto rapporto⁴².

Il progetto sull’indirizzo della vita comune risponde alla logica di un progetto durevole, seppur assoggettato alla clausola generale in materia di relazioni familiari c.d. *rebus sic stantibus* e si sostanzia in un negozio personalissimo, deducibile anche per implicito dall’analisi delle circostanze consolidate, e riguarda scelte che abbracciano la comunione di vita⁴³.

Ciascuna delle parti dell’unione civile ha il potere di attuare l’indirizzo della vita familiare così stabilito; attuazione che coinvolge l’efficacia esterna e la responsabilità di ognuno verso i terzi per gli atti compiuti in esecuzione di tali intese, dando vita a problematiche analoghe a quelle sorte nell’istituto matrimoniale⁴⁴.

Il mancato riferimento alle “esigenze di entrambi e a quelle preminenti della famiglia” - che compare invece nell’art. 144 c.c. - può intendersi come una sottolineatura degli spazi più ampi di autonomia che competono alle parti dell’unione nella definizione del contenuto del loro accordo⁴⁵. Anche per le unioni civili, d’altra parte, si pongono i problemi di delimitazione delle decisioni che restano di competenza del singolo, in quanto afferenti alla sua sfera privata di libertà e autodeterminazione e quelle invece che, per il fatto di coinvolgere aspetti inerenti alla vita comune, debbono essere materia di accordo⁴⁶.

³⁹ E’ da rilevare come questa norma rappresenti l’unica ipotesi nel nuovo testo normativo in cui viene utilizzato il termine “familiare” riferito all’unione civile. Cfr. G. CASABURI, *op. cit.*, p. 2251. Per altri si tratta solo di una svista del legislatore: G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 2017, p. 108.

⁴⁰ L. GUAGLIONE, *op. cit.*, p. 65.

⁴¹ F. SANTORO PASSARELLI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, in *Commentario al diritto italiano e della famiglia*, diretto da G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, Padova, 1992, p. 520

⁴² G. FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., Milano, 2015, p. 88.

⁴³ M. SEGNI, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, II, p. 707 ss.

⁴⁴ Per approfondimenti, L. OLIVIERO, *Le obbligazioni contratte nell’interesse della famiglia. Norme di legge, lacune, prassi*, Padova, 2012.

⁴⁵ G. FERRANDO, *op. cit.*, p. 894.

⁴⁶ P. RESCIGNO, *La comunità familiare come formazione sociale*, in *Matrimonio e famiglia. Cinquant’anni del diritto italiano*, Torino, 2000, *passim*.



La norma, inoltre, non si preoccupa di indicare i criteri in base ai quali l'indirizzo della vita familiare e la residenza comune debbano essere stabiliti⁴⁷.

Tale lacuna risulta ancor più evidente laddove alle unioni civili non si applichi, per assenza di espresso richiamo, l'art. 145⁴⁸ c.c., dettato, appunto, per risolvere i conflitti che possano sorgere tra i coniugi relativamente alle decisioni riguardanti indirizzi di vita e residenza.

Giova sottolineare, infatti, che la legge del 2016 sulle unioni civili non richiama l'art. 145 c.c., sì che per tali unioni non dovrebbe trovare applicazione il rimedio previsto per i coniugi in caso di disaccordo sulla fissazione della residenza comune o su altri affari essenziali, secondo cui ciascuna delle parti, può ricorrere al giudice il quale, con provvedimento non impugnabile, potrebbe imporre la soluzione che ritiene più adeguata alle esigenze dell'unità e della vita della famiglia. La tesi della non applicabilità dell'art. 145 c.c. è corroborata dal comma 20 della legge sulle unioni civili, che esclude l'applicazione delle norme del codice civile non espressamente richiamate, confermando il principio generale che nega l'intervento del giudice in corso di rapporto ed ammettendolo solamente in caso del venir meno della vita comune⁴⁹.

La mancata previsione di specifici criteri normativi fondanti le scelte della coppia (degli uniti come dei coniugi) in relazione all'indirizzo della vita familiare e alla residenza comune costituisce una scelta ben precisa del legislatore di lasciare quanto più possibile alla piena autonomia delle parti le decisioni relative alla vita privata, non aiutandoli neanche con l'indicazione dei principi a cui ispirarsi in caso di contrasto.

Anche questa disposizione mette in evidenza l'intenzione del legislatore di sottolineare una differenza tra la famiglia fondata sul matrimonio e le unioni civili, per le quali non esiste altra soluzione ad eventuali contrasti sulle scelte relative all'indirizzo della vita familiare e alla residenza se non quella di ricorrere allo scioglimento della stessa⁵⁰ oppure quella di agire attraverso le vie ordinarie⁵¹.

In altri termini, la mancata previsione per le unioni civili di una norma equivalente all'art. 145 c.c. sembra rappresentare l'ammissione da parte del legislatore della considerazione di un minor *favor* nei confronti della conservazione del rapporto dell'unione civile rispetto al matrimonio⁵².

⁴⁷ B. DE FILIPPIS, *op. cit.*, p. 189.

⁴⁸ L'art. 145 c.c. rubricato "Intervento del giudice" prescrive, infatti, che: «In caso di disaccordo ciascuno dei coniugi può chiedere, senza formalità, l'intervento del giudice il quale, sentite le opinioni espresse dai coniugi e, per quanto opportuno, dai figli conviventi che abbiano compiuto il sedicesimo anno, tenta di raggiungere una soluzione concordata. Ove questa non sia possibile e il disaccordo concerna la fissazione della residenza o altri affari essenziali, il giudice, qualora ne sia richiesto espressamente e congiuntamente dai coniugi, adotta, con provvedimento non impugnabile, la soluzione che ritiene più adeguata alle esigenze dell'unità e della vita della famiglia».

⁴⁹ T. AULETTA, *Co.11*, in *Le unioni civili e le convivenze: Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. 6/2017; d.lgs. 7/2017*, (a cura di) C. M. Bianca, Torino, 2018, p. 135 ss.

⁵⁰ B. DE FILIPPIS, *op. cit.*, p. 189.

⁵¹ G. BALLARANI, *op. cit.*, p. 636.

⁵² G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 109.



Va evidenziato, da altra prospettiva, che l'art. 145 c.c. è ritenuta una disposizione anacronistica⁵³, che nell'esperienza pratica ha avuto scarsissima applicazione; cosicché, non sorprende che il legislatore del 2016 ha evitato di richiamarla⁵⁴.

4. Analogamente al matrimonio⁵⁵, il comma 13 dell'art. 1, L. 76/2016 prevede che il regime patrimoniale ordinario dell'unione civile consista nella comunione dei beni (art. 159 c.c.), fatta salva la possibilità che le parti addivengano a una convenzione patrimoniale⁵⁶; a quest'ultima si applicano le disposizioni del codice civile relative a forma (art. 162), modifica (art. 163), simulazione (art. 164) e capacità dell'inabilitato (art. 166) per la stipula delle convenzioni matrimoniali. Come per il matrimonio, resta ferma la possibilità dei *partners* di optare per il regime di separazione dei beni.

Lo stesso comma 13, sancendo l'inderogabilità per i contraenti dei diritti e doveri derivanti dalla costituzione dell'unione civile, stabilisce in tema di regime patrimoniale l'applicazione della disciplina delle sezioni II (fondo patrimoniale, artt. 167-171), III (comunione legale, artt. 177-197), IV (comunione convenzionale, artt. 210 e 211), V (separazione dei beni, artt. 215-219) e VI (impresa familiare, art. 230-bis) del libro primo, titolo VI, del codice civile⁵⁷.

Il regime patrimoniale vigente nell'unione civile risulta dall'apposito registro tenuto dallo stato civile. Estraendone una certificazione, se non ci sono annotazioni, significa che il regime è quello legale della comunione dei beni, in quanto, come nel matrimonio, in tale registro si annota solo l'esistenza di eventuali convenzioni e di loro eventuali modifiche⁵⁸.

Se l'unione civile si scioglie, cessa anche il regime patrimoniale (la comunione, la separazione, il fondo patrimoniale) che sia stato instaurato tra gli uniti civili. Ciò accade, ad esempio, per morte di uno degli uniti, per passaggio in giudicato delle sentenze di morte presunta di uno degli uniti, di rettificazione del sesso di uno degli uniti, di scioglimento dell'unione civile⁵⁹.

5. Il comma 14 estende alle unioni civili tra persone dello stesso sesso la disciplina dell'art. 342-*ter* c.c., prevedendo la possibilità che il giudice, su istanza della parte, applichi con decreto uno o più provvedimenti relativi al cd. ordine di protezione in caso di grave

⁵³ G. CASABURI, *op. cit.*, p. 2252.

⁵⁴ G. FERRANDO, *op. cit.*, p. 894.

⁵⁵ C. VENUTI, *La disciplina dei rapporti patrimoniali nel d.d.l. Cirinnà*, in F. ROMEO, C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali, riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 994.

⁵⁶ Sul tema del regime patrimoniale nell'unione civile vedi *amplius* O. LANZARA, *Profili patrimoniali dell'unione civile*, in *Comparazione e diritto civile*, 2017, *passim*.

⁵⁷ M. ASTONE, *I regimi patrimoniali delle unioni civili nella L. n. 76/2016: opzioni legislative e principio di non discriminazione*, in *Fam. e Dir.*, 2016, p. 902 ss.

⁵⁸ G. IORIO, *Costituzione dell'unione civile, impedimenti ed altre cause di nullità. Gli obblighi dei contraenti. Il regime patrimoniale. Lo scioglimento dell'unione civile*, in AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, (a cura di) M. Gorgoni, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 94 ss.

⁵⁹ G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016 n. 76*, Torino, 2016, p. 30 ss.



pregiudizio per l'integrità fisica o morale di una delle parti⁶⁰. Con tale provvedimento, il giudice può ordinare all'altra parte la cessazione della condotta pregiudizievole, l'allontanamento dalla casa familiare e il divieto di avvicinamento ai luoghi abitualmente frequentati dall'istante e ai luoghi di istruzione dei figli della coppia; richiede l'intervento dei servizi sociali del territorio o di un centro di mediazione familiare, nonché delle associazioni di sostegno e accoglienza a donne e minori vittime di abusi e maltrattati; impone il pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto dei provvedimenti adottati, rimangano prive di mezzi adeguati⁶¹.

L'obiettivo degli ordini di protezione *ex artt. 342 bis e 342 ter c.c.* è la possibilità di ottenere una tutela tempestiva, per proteggere i soggetti più deboli da comportamenti vessatori e prevaricatori difficilmente contrastabili con gli strumenti ordinari, tramite uno strumento civilistico, aggirando la resistenza della vittima a denunciare o querelare il familiare violento⁶².

Gli ordini di protezione (indicati nell'art. 342 *ter*) costituiscono un'alternativa al corrispondente strumento penale della misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare *ex art. 282 bis c.p.p.*, rappresentando una tutela forte per l'efficacia della protezione alla vittima garantita dall'ordine di allontanamento, ma anche duttile, potendo permettere sovente la ricostruzione delle relazioni familiari, anche grazie alla previsione dell'intervento dei servizi sociali e dei centri di mediazione familiare⁶³.

Il comma 14 della L. 76/2016 riscrive autonomamente l'art. 342 *bis c.c.* precisando che, ove ricorrano le condizioni ivi descritte, il giudice può adottare i provvedimenti previsti dall'art. 342 *ter c.c.*

Tuttavia tale riscrittura, lungi da costituire nuova fattispecie applicativa dei rimedi contenuti nell'art. 342 *ter c.c.*, consiste piuttosto nella pedissequa ripetizione dell'art. 342 *bis c.c.* con la mera sostituzione delle parole "coniuge o altro convivente" con le parole "parte dell'unione civile"⁶⁴.

5.1. Il comma 15, art. 1, della Legge Cirinnà fissa due regole relative alle misure di protezione a favore della parte dell'unione civile priva del tutto o parzialmente di autonomia. La prima riguarda la scelta dell'amministratore di sostegno e suggerisce al giudice tutelare di preferire, ove possibile, il *partner* dell'unione civile⁶⁵. La seconda regola legittima una parte dell'unione civile a promuovere l'interdizione o l'inabilitazione dell'altra e a presentare anche istanza di revoca qualora vengano meno le cause poste a base del provvedimento. Appare opportuno rilevare che il legislatore del 2016 non ha effettuato alcun rinvio alle regole generali in materia di amministrazione sostegno (artt. 404-413 c.c.), di interdizione e di

⁶⁰ In tema di ordini di protezione vedi *amplius* C. TROISI, *Violenza nelle relazioni familiari*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sez. Civile, Aggiornamento*, 2016, *passim*.

⁶¹ G. RUSSO, *Le unioni civili*, Roma, 2018, *passim*; A. G. DIANA, *Profili sostanziali e processuali delle unioni civili. Agg. al Dpcm n. 144/2016*, Roma, 2016, *passim*.

⁶² L. CARRERA, *Violenza domestica e ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Fam. Dir.*, 4, 2004, p. 390.

⁶³ D. DE BONIS, *Abusi familiari e ordini di protezione*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, I, 2007, p. 606 ss.

⁶⁴ B. DE FILIPPIS, *op. cit.*, p. 201.

⁶⁵ L. QUERZOLA, *Riflessioni sulla legge in materia di unioni civili*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2016, 843 ss.



inabilitazione (artt. 414-432 c.c.)⁶⁶. Tali rimandi sarebbero stati necessari al fine di rendere concretamente applicabili le disposizioni di cui al comma 15; atteso che, in materia di convivenze di fatto, il comma 48 della stessa legge richiama l'art. 404 c.c. allorché attribuisce al convivente di fatto la possibilità di essere nominato amministratore di sostegno. Parte della dottrina ammette la sussistenza di un richiamo implicito, data l'esistenza di una presunzione a favore della configurazione del rinvio dall'enunciato interpretando gli altri enunciati legislativi che disciplinano l'istituto⁶⁷.

Quindi, l'applicabilità e l'utilizzazione delle regole codicistiche non dovrebbe essere impedita dall'assenza di uno specifico richiamo e, anche nell'ambito dell'unione civile, l'amministratore di sostegno va nominato ricorrendo le condizioni di cui all'art. 404 c.c.⁶⁸. Analoghe considerazioni possono effettuarsi con riguardo alle ipotesi in cui venga promossa l'interdizione e l'inabilitazione. Le cause, il procedimento e la revoca del provvedimento di interdizione o inabilitazione seguono la disciplina dettata dal codice civile.

Sono legittimati a chiedere la nomina dell'amministratore di sostegno, ai sensi degli artt. 406 e 417 c.c. lo stesso beneficiario, il coniuge, la persona stabilmente convivente, i parenti entro il quarto grado, gli affini entro il secondo, il tutore, il curatore, il Pubblico Ministero. In assenza di specifica indicazione, non è possibile affermare, almeno *prima facie*, che nel novero dei soggetti possa essere inclusa la parte dell'unione civile⁶⁹. Il comma 15 della novella ammette l'unito civilmente a promuovere il ricorso per l'interdizione e l'inabilitazione ma tace sull'amministrazione di sostegno⁷⁰.

Purtuttavia, escludere l'unito civilmente dai soggetti legittimati a presentare il ricorso non rappresenterebbe una interpretazione conforme alla *ratio* di una legge che tende a garantire assistenza morale e materiale tra i componenti della formazione sociale⁷¹.

Appare paradossale l'inclusione del convivente e l'esclusione dell'unito civilmente nel gruppo dei legittimati. Non soccorre quanto disposto dal comma 20 della legge, in quanto l'equiparazione tra le parti dell'unione civile e i coniugi è esclusa nelle norme del codice civile non richiamate espressamente dalla novella⁷².

Una via percorribile potrebbe essere quella di coordinare il comma 15 della legge con le norme del codice civile sull'amministrazione di sostegno, operando, così, un'aggiornata e razionale interpretazione additiva che non comporta una vera e propria modifica del codice civile⁷³. Altra via, ancor più plausibile, sarebbe quella di annoverare tra i legittimati il *partner* dell'unione civile in quanto "persona stabilmente convivente"⁷⁴. Analoga soluzione potreb-

⁶⁶ E. QUADRI, *op. cit.*, p. 1693.

⁶⁷ G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova Giur. Civ. Com.*, 2016, p. 1719 ss.

⁶⁸ G. BONILINI, *Trattato di Diritto di Famiglia – Vol. V: Unione civile e convivenza di fatto*, Milano, 2017, *passim*.

⁶⁹ F. TOMMASEO, *Sub art. 406*, in G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, Milano, 2008, *passim*.

⁷⁰ V. L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. It.*, 2016, p. 1783.

⁷¹ R. MASONE, *L'amministrazione di sostegno a Modena dopo Guido Stanzani*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2015, II, p. 800.

⁷² G. OBERTO, *I regimi patrimoniali delle unioni civili*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1800 ss.; M. SESTA, *Unione civile e convivenze: dalla unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 1795-96, nota 31.

⁷³ C. CIRAOLO, *Co. 15*, in *Le unioni civili e le convivenze: Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs n. 5/2017; d.lgs 6/2017; d.lgs. 7/2017*, (a cura di) C. M. Bianca, 2018, Torino, p. 187.

⁷⁴ L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 1783; E. QUADRI, *op. cit.*, p. 1688 ss.; G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 10.



be applicarsi anche alla richiesta di revoca del provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno.

5.2. La disposizione contenuta nel comma 16, art. 1, della L. 76/2016 stabilisce che la violenza è causa di annullamento del contratto, anche quando il male minacciato riguarda la persona o i beni dell'altra parte dell'unione civile costituita dal contraente o da un discendente o ascendente di lui.

La lettura della disposizione rimanda immediatamente alla previsione dell'art. 1436 c.c., 1° co., secondo il quale la violenza è causa di annullamento del contratto anche quando il male minacciato riguarda la persona o i beni del coniuge del contraente o di un discendente o ascendente di lui⁷⁵.

Ad una prima lettura verrebbe da chiedersi come mai il legislatore abbia scelto di riscrivere il primo comma della norma sull'annullabilità del contratto concluso sotto minaccia all'interno dell'impianto della legge sulle unioni civili, quando avrebbe potuto limitarsi a modificare lo stesso art. 1436 c.c. (stante il limite posto dal co. 20 della novella⁷⁶), con l'aggiunta del riferimento all'unito civilmente⁷⁷.

Dalla lettera del co. 16, si potrebbe concludere che il legislatore abbia voluto attuare un'ulteriore estensione dei soggetti già indicati nell'art. 1436 c.c., primo comma. Infatti, il co. 16, nell'indicare chi potrebbe essere destinatario di minaccia, indica "*l'altra parte dell'unione civile costituita dal contraente*" ma non solo, perché la norma specifica "unione civile costituita *dal* contraente o *da* un discendente o ascendente di lui", per cui potrebbero essere annoverati anche gli eventuali *partners* dei discendenti e degli ascendenti. Ovviamente, appare più aderente alla logica pensare che si sia trattato di una *ambiguità sintattica*⁷⁸ del legislatore, il quale ha sostituito la particella "di" dell'art. 1436 c.c., primo comma, con "da" nel co. 16, mutandone il senso⁷⁹. C'è comunque da dire che parte della dottrina lamenta la limitazione del novero dei soggetti di cui al primo comma dell'art. 1436⁸⁰. Infatti, secondo questo orientamento, la divergenza di trattamento voluta dal legislatore e sostanziata nei due commi dell'art. 1436 è obsoleta e non in linea con la moderna acquisita sensibilità sociale⁸¹. Non sarebbe scontata la valutazione aprioristica fatta dal legislatore di una maggiore forza della minaccia a carico solo dei soggetti di cui al primo comma del 1436 a fronte della generalità di persone e beni indicata nel secondo comma come "negli altri casi", in quanto po-

⁷⁵ G. DOSI, *op. cit.*, p. 54.

⁷⁶ Tale precisazione normativa, pur se apparentemente superflua, si rende necessaria a causa del contenuto dell'ultima parte del comma 20, il quale dichiara inapplicabile alle norme del codice civile non espressamente richiamate dalla legge 76/2016 il principio di generale estensione delle norme riguardanti il coniuge al partner dell'unione.

⁷⁷ M. SESTA, *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017, *passim*.

⁷⁸ L'ambiguità sintattica del legislatore nasce dalla struttura logica degli enunciati o dal modo in cui le parole sono connesse tra di loro. Per approfondimenti: R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, nel *Trattato Indica-Zatti*, Milano, 1993, p. 355.

⁷⁹ F. BARTOLINI, *Co.16*, in *Le unioni civili e le convivenze: Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. 6/2017; d.lgs. 7/2017*, (a cura di) C. M. Bianca, Torino, 2018, p. 194 ss.

⁸⁰ F. BARTOLINI, *Annullamento del contratto per minaccia contro il partner dell'unione civile: un'occasione mancata?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 4, 2017, p. 575 ss.

⁸¹ *Ibidem*.



trebbe essere che un soggetto sia costretto a contrarre sotto minaccia, per esempio, di avvelenamento di un pozzo comune tanto quanto di un danno a un discendente. Per tale dottrina il primo comma e, quindi, anche il co. 16 della legge 76/2001 dovrebbero essere superati e assorbiti dalla previsione del secondo comma⁸².

Riguardo all'aggressore che perpetra la minaccia, esso è necessariamente un terzo rispetto al contraente destinatario, in quanto una "autominaccia" costituirebbe un *nonsense*, ma il terzo ben potrebbe essere uno dei soggetti nominati nel co. 16, così come nel 1436 c.c., primo comma: basti pensare al caso in cui un discendente minacci il suicidio qualora il contraente non concludesse l'accordo⁸³.

In ogni caso è fuor di dubbio la volontà del legislatore di includere il *partner* dell'unito civilmente nel novero di quei soggetti che, in forza di legami empatici e affettivi, sono stati enucleati dalla generalità dei consociati e di beni, oggetto, invece, del comma secondo dell'art. 1436 c.c., alla cui valutazione circa l'incisività della minaccia dovrà provvedere il giudice⁸⁴.

5.3. La Legge Cirinnà, all'art. 1, co. 17, riconosce il diritto al pagamento delle indennità di legge in caso di morte del lavoratore unito civilmente.

In caso di scioglimento dell'unione civile, analogamente a quanto disposto in ipotesi di divorzio, l'attribuzione del diritto all'assegno di mantenimento comporterà, in assenza di matrimonio o di una nuova unione civile, il diritto al pagamento del quaranta per cento del T.F.R. dell'*ex partner*, maturato negli anni in cui il rapporto di lavoro è coinciso con l'unione civile⁸⁵.

Anche per quanto riguarda il recesso del datore di lavoro, si applica la nullità nel caso in cui esso venga comunicato entro un anno dalla celebrazione dell'unione civile.

Dato l'intento di tendenziale equiparazione, quanto meno nella prospettiva dei rapporti patrimoniali, dei diritti derivanti dal rapporto matrimoniale a quelli scaturenti dall'unione civile, la legge del 2016 estende tutti i diritti conseguenti alla sospensione del rapporto di lavoro previsti dalla normativa vigente, ovverosia le disposizioni in materia di permessi per l'assistenza in caso di accertata disabilità del coniuge, le disposizioni relative ai permessi in caso di lutto e di altri eventi particolari, le disposizioni in materia di trattamento economico per l'assistenza a persona affetta da disabilità accertata, le disposizioni relative la

⁸² Così M. DI BARTOLOMEO, *La violenza morale nei contratti*, Napoli, 1996, pp. 126-127, la quale sostiene una prospettiva assiologica, aperta al concreto, tesa a valutare "caso per caso, l'incidenza della violenza sulla fattispecie concreta per comprendere se a causa della coercizione diventano irrealizzabili gli interessi sottesi" (alla funzione del negozio posto in essere). L'art. 1436 c.c. è indicato dall'a. quale indice della consapevolezza del legislatore, che è impossibile valutare la minaccia in sé. La disposizione potrà applicarsi solo in presenza dei requisiti di cui all'art. 1435, onde evitare il pericolo di un eccessivo soggettivismo; altrimenti "la validità del contratto dipenderebbe dalla capacità di resistenza dei familiari del contraente", il che genererebbe un'incertezza inaccettabile.

⁸³ La questione è stata affrontata solo dalla dottrina: sul punto si veda, per tutti, E. DEL PRATO, *Violenza*, in *Diritto civile*, nei *Dizionari di diritto privato*, diretto da N. Irti, Milano, 2011, p. 1850.

⁸⁴ M.C. VENUTI, *La regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, in *Politica del Diritto*, 1-2, 2016, p. 107.

⁸⁵ A. SPADAFORA, *Lo status coniugale e gli status paraconiugali tra legge e autonomia privata*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc. 3, 2017, p. 1092.



priorità a richiedere la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno a tempo parziale per le necessità di assistenza al partner affetto da patologie oncologiche.

Si segnala, altresì, la circolare INPS n. 84 del 5 maggio 2017, con la quale vengono fornite precise istruzioni concernenti la spettanza dell'assegno per il nucleo familiare ai soggetti uniti civilmente. In tale documento, vengono specificate le fattispecie relative alla presenza di figli di una delle due parti, nati prima o durante l'unione.

5.4. L'art. 2941 c.c., n. 1, prevede la sospensione della prescrizione tra coniugi. La *ratio* della norma va cercata nella comune convinzione che sia quantomeno inopportuno prevedere che tra marito e moglie debbano essere compiuti atti interruttivi della prescrizione. Fino al 2014 vi era giurisprudenza conforme nel ritenere tale previsione inclusiva anche dei coniugi separati⁸⁶.

Per quel che riguarda le unioni civili, il comma 18 prevede espressamente che la prescrizione rimane sospesa tra le parti. Inoltre, per le unioni civili non può sorgere il dubbio se la sospensione operi anche nel periodo di separazione delle parti poiché non è stato previsto un analogo istituto⁸⁷.

In caso di scioglimento dell'unione civile, la sospensione è collegata al giudicato sullo *status* ovvero coincide con la data certificata dell'accordo di negoziazione o con la data della dichiarazione davanti all'ufficiale di stato civile. La prescrizione riprende a decorrere, trattandosi di sospensione e non di interruzione, con lo scioglimento e non con la comunicazione della volontà di scioglimento effettuata all'ufficiale dello stato civile, anche disgiuntamente, o con la domanda giudiziale (co. 23 e 24)⁸⁸.

5.5. In virtù dell'esplicito richiamo, operato dal comma 19 della Legge Cirinnà, alle disposizioni di cui al Titolo XIII del Libro I del codice civile, l'obbligo di prestare gli alimenti incombe sulla parte dell'unione civile rispetto all'altra che si trovi in stato di bisogno. Occorre, in primo luogo, tenere presente il fatto che la disciplina delle unioni civili è stata delineata seguendo il filo conduttore del matrimonio, giacché il legislatore del 2016 ha inteso introdurre uno strumento giuridico parallelo ad esso⁸⁹, volto a formalizzare i rapporti affettivi delle coppie *same-sex*.

In forza di tale tendenziale sovrapponibilità dei due istituti, l'applicabilità del regime degli alimenti a fronte delle eventuali esigenze di tutela della persona⁹⁰ in stato di bisogno economico trova piena giustificazione, trovando causa, detto obbligo di corresponsione

⁸⁶ *Ex multis*, si veda Cass. civ., Sez. I, 4 aprile 2014, n. 7981; Cass. civ., Sez. I, 20 agosto 2014, n. 18078.

⁸⁷ G. IORIO, *op. cit.*, p. 69 ss.

⁸⁸ L. DELL'OSTA, G. SPADARO, *Unioni civili e convivenze: tutte le novità*, Milano, 2016, *passim*.

⁸⁹ Secondo lo schema che taluni Autori hanno definito del c.d. "doppio binario" (F.D. BUSNELLI, M.C. VITUCCI, *Frammenti europei di famiglia*, in *Riv. Dir. civ.*, 2013, p. 767 ss., spec. p. 774; S. PATTI, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. e Dir.*, 2015, p. 958 ss., spec. p. 959). La volontà del legislatore in tal senso troverebbe conferma nella scelta (implicita) di tenere distinti di piani delle unioni formalizzate (matrimonio e unioni civili) da quello delle convivenze, trasponendo queste *dal piano del fatto a quello del diritto*; così G. BALLARANI, *op. cit.*, p. 623 ss.

⁹⁰ T. AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984, *passim*.



delle prestazioni di assistenza materiale, nel vincolo di solidarietà familiare⁹¹ che caratterizza il rapporto di coniugio e che si estende alle parti dell'unione civile in virtù dell'art. 1, co. 11, della Legge Cirinnà.

Così, la situazione di bisogno⁹² e l'oggettiva impossibilità di provvedere in modo autonomo alle proprie esigenze fondamentali⁹³ divengono presupposti dell'obbligazione alimentare gravante sul *partner* in forza del vincolo solidaristico che sorge dall'unione civile, analogo, sotto questo aspetto, a quello di coniugio⁹⁴.

Pertanto, ogni questione concernente i presupposti, il contenuto e i limiti dell'obbligo alimentare nel contesto dell'unione civile sarà risolta sulla base delle regole (operazionali) già elaborate dalla giurisprudenza con riguardo all'obbligo alimentare e, segnatamente, con riferimento alla posizione del coniuge. Inoltre, non subisce alcuna deroga neppure il regime probatorio a carico di colui che si assume in stato di bisogno, il quale dovrà fornire la prova dell'impossibilità di procurarsi redditi sufficienti al proprio bisogno per circostanze a lui non imputabili⁹⁵, in considerazione della propria condizione sociale⁹⁶, mentre sarà onerato dal dimostrare la disponibilità economica del destinatario della richiesta⁹⁷.

Nel determinare con sentenza il *quantum* della corresponsione, che, comunque, sarà suscettibile di revisione al mutare delle condizioni economiche delle parti, *ex art.* 440 c.c., il giudice farà riferimento alle disponibilità economiche dell'obbligato e individuerà una somma sufficientemente idonea, tale da garantire all'alimentando una vita dignitosa⁹⁸, tenendo conto delle necessità di vitto, di alloggio e di vestiario.

Nel matrimonio, la normativa assume rilevanza nel momento in cui vi sia separazione personale senza diritto al mantenimento. Essa deve considerarsi valida anche in costanza di rapporto, pur vigendo, nel corso di esso, il più intenso ed assorbente obbligo di assistenza materiale, *ex art.* 143 c.c. e co. 11 della novella⁹⁹.

Nell'unione civile, in assenza di applicabilità della separazione, l'obbligo alimentare assume rilevanza anche nel periodo di tre mesi, successivo alla manifestazione, dinanzi all'ufficiale di stato civile, della volontà di scioglimento dell'unione¹⁰⁰.

⁹¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 2017, *passim*.

⁹² Tale situazione è determinata dalla mancanza di reddito da lavoro e di sostanze patrimoniali, con riguardo a queste ultime anche la sola disponibilità di cespiti, ancorché improduttivi di reddito, determina l'esclusione dello stato di bisogno (cfr., *ex multis*, Cass., sez. II, 8 novembre 2013, n. 25248, in *italgiureweb.it*; *contra*: Cass., sez. I, 19 luglio 1965, n. 1614).

⁹³ Cfr. Cass., 8 novembre 2013, n. 25248, *cit*; Cass., sez. I, 30 settembre 2010, n. 20509, in *italgiureweb.it*.

⁹⁴ G. BALLARANI, *Alimenti, matrimonio dello straniero e allontanamento dalla casa familiare*, in *Le unioni civili e le convenienze: Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. 6/2017; d.lgs. 7/2017*, (a cura di) C. M. Bianca, Torino, 2018, p. 228 ss.

⁹⁵ Cfr. *ex multis*, Cass., sez. I, 11 novembre 1994, n. 9432 e Cass., sez. I, 15 marzo 1986, n. 1767, in *italgiureweb.it*.

⁹⁶ *Contra*: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, *cit.*, p. 487, il quale ritiene irrilevante la condizione sociale dell'alimentando ai fini della determinazione del *quantum*, in ragione del principio di uguaglianza.

⁹⁷ G. TEDESCHI, *Gli alimenti*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, vol. III, fasc. 2, Torino, 1951, p. 494.

⁹⁸ *Ex multis*, Cass., 8 novembre 2013, n. 25248, *cit.*

⁹⁹ B. DE FILIPPIS, *op. cit.*, p. 206 ss.

¹⁰⁰ G. IORIO, *op. cit.*, p. 69 ss.



Come accennato, siffatto obbligo grava sulla parte dell'unione civile nella stessa misura in cui grava sul coniuge, sebbene, a differenza di quanto delineato dall'art. 433, il co. 19 della novella non indica quale sia, nella graduatoria delle persone obbligate a prestare gli alimenti, la posizione dell'unito civilmente.

Tuttavia, dato il ruolo attribuito dalla legge al *partner* civile e vista la clausola di cui al co. 20 che corrobora l'applicabilità alle parti dell'unione civile delle disposizioni contenenti la parola "coniuge", si può agilmente affermare che il *partner* assume un ruolo apicale nella titolarità dell'obbligo alimentare nei confronti dell'altro, alla stregua del coniuge.

Quindi, l'unito civilmente è tenuto a prestare gli alimenti all'altra parte del rapporto prima dei figli, dei genitori e dei fratelli dello stesso. Eppure, egli non è tenuto a fornire gli alimenti ai genitori del *partner*, né a riceverli da essi, in quanto dall'unione civile non derivano vincoli di affinità¹⁰¹.

Seguendo l'ordine degli obbligati di cui all'art. 433 c.c., al quarto posto si collocano genero e nuora ed al quinto suocero e suocera. Se tali rapporti fossero configurabili nell'unione civile, il *partner* sarebbe genero o nuora dei genitori dell'altro e, quindi, obbligato nei confronti di essi, mentre i predetti genitori sarebbero suoi suoceri e, di converso, obbligati nei suoi confronti.

Una siffatta ricostruzione non può essere accolta, poiché l'art. 78 c.c., che istituisce i legami di affinità, non viene richiamato dalla Legge Cirinnà e, dunque, in forza della clausola contenuta nel co. 20 di essa, non è applicabile¹⁰².

5.6. Il comma 21 estende ai *partner* dell'unione civile parte della disciplina sulle successioni riguardante la famiglia contenuta nel libro secondo del codice civile; si tratta delle disposizioni: dei Capi III (Dell'indegnità) e X (Dei legittimari) del Titolo I; dell'intero Titolo II (Delle successioni legittime); dei Capi II (Della collazione) e V-*bis* (Del patto di famiglia) del Titolo IV.

Alla persona unita civilmente è attribuito il diritto a succedere al *de cuius* in qualità di legittimario. Il superstite unito civilmente ha diritto a una quota di eredità variabile in ragio-

¹⁰¹ La soluzione è coerente con la diversità tra i due istituti del matrimonio e dell'unione civile. Quest'ultima non determina un rapporto di coniugio tra i *partners*; l'affinità (art. 78 c.c.) rispetto ai parenti è legata, allo stesso modo, al rapporto di coniugio. La soluzione del legislatore non incide sui diritti e doveri reciproci delle parti dell'unione civile e, quindi, può ritenersi costituzionalmente legittima (cfr. Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 1604, con note di R. ROMBOLI e B. PEZZINI, p. 2715 ss.; in *Foro it.*, 2010, I, c. 1361, con note di R. ROMBOLI, F. DAL CANTO, M. COSTANTINO, p. 1701 ss.; in *Giur. it.*, 2011, p. 537, con nota di P. BIANCHI; in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 1294; in *Fam. e Dir.*, 2010, p. 653, con nota di M. GATTUSO). *Contra*: T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, sub L. 20 maggio 2016, n. 76, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 382 ss., ove si legge «La scelta non convince perché non trova riscontro nella coscienza sociale secondo la quale, col formarsi della coppia, si realizza un ingresso a pieno titolo di ciascun membro della famiglia dell'altro. Pertanto, come il coniuge diventa affine dei parenti dell'altro, non vi era ragione per precludere analogo effetto riguardo ai parenti del *partner* dell'unione civile, principio ormai espresso dall'art. 74 c.c. a proposito della parentela naturale». Secondo M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. Dir.*, 2016, 10, p. 885 ss., la soluzione confermerebbe che gli "effetti" dell'unione civile «sostanzialmente riguardano solo i membri della coppia che la costituiscono».

¹⁰² B. DE FILIPPIS, *op. cit.*, p. 206 ss.



ne del concorso con altri legittimari. Lo stesso, come il coniuge, potrà esperire l'azione di riduzione in caso di eventuale lesione dei diritti di riserva¹⁰³. All'apertura della successione, il superstite unito civilmente acquisterà il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e il diritto di uso sui mobili che la arredano, se di proprietà del *de cuius* o comuni. In ogni caso, avrà sempre la facoltà di rinunciare alla successione. L'unito civilmente è, oltre che legittimario, anche successore legittimo e potrà essere destinatario di successione testamentaria, qualora il testatore abbia provveduto in ordine alla parte disponibile.

Sulla materia incide la mancata previsione di un periodo di separazione personale, rilevante giuridicamente a fini successori (art. 548 c.c.), degli uniti civilmente prima dello scioglimento del vincolo. Per cui, i diritti successori cessano col cessare del vincolo¹⁰⁴.

Sono applicabili alle parti dell'unione civile le norme del codice civile sulla collazione (artt. 735 c.c. e ss.), riguardante i beni ricevuti durante la vita del *de cuius* come donazione diretta o indiretta e incidenti sulla quota di legittima¹⁰⁵.

In forza della sostanziale parificazione alla posizione giuridica del coniuge superstite, l'unito civilmente avrebbe il diritto alla tumulazione nella tomba di famiglia dell'altro partner, salvo diverse determinazioni¹⁰⁶.

In ipotesi di morte del conduttore o di recesso dal contratto di locazione della casa in cui entrambi i *partners* hanno la residenza, l'unito civilmente ha diritto di succedere nel contratto.

6. I commi 22-26 della Legge Cirinnà richiamano la disciplina dettata in tema di scioglimento del matrimonio. Si noti che fra le relative cause non è menzionata quella concernente la pregressa separazione personale e neppure la "mancata consumazione". Viene prevista, però, la possibilità di addivenire allo scioglimento dell'unione civile in conseguenza della volontà manifestata in tal senso, anche disgiuntamente, dalle parti dinanzi all'ufficiale di stato civile (con la specificazione che, in tal caso, la domanda di scioglimento potrà essere proposta solo decorsi tre mesi dalla data di manifestazione di tale volontà: 24° comma). Sembra che il legislatore, con tale previsione, abbia voluto accantonare il tradizionale procedimento per lo scioglimento del matrimonio, il cd. "doppio binario" (separazione legale per un determinato lasso di tempo e successivo divorzio) e favorire un meccanismo che si fondi sulla volontà unilaterale manifestata dal *partner*¹⁰⁷.

Particolare rilevanza assume, nel contesto della crisi dell'unione, l'ipotesi della rettificazione di sesso. Secondo quanto sancito dal comma 26, la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile, simmetricamente a quanto previsto dall'art. 3, n. 2, lett. g), L. n. 898/1970 con riguardo allo scioglimento del matrimo-

¹⁰³ A. D. ZORZINI, *Le unioni civili. Inizio, svolgimento e fine*, Roma, 2017, *passim*.

¹⁰⁴ M. C. VENUTI, *I diritti successori della persona unita civilmente e del convivente di fatto: un confronto con il sistema tedesco*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 4, 2017, p. 1241.

¹⁰⁵ M. FIORINI, *Profili di interesse notarile nello scioglimento delle unioni civili di cui alla legge 20 maggio 2016 n. 76*, in *Rivista del Notariato*, fasc. 1, 2017, p. 185.

¹⁰⁶ L. VOLPE, *Le unioni civili e le convivenze di fatto dopo i decreti attuativi 19 gennaio 2017, n. 5,6,7*, Piacenza, 2017.

¹⁰⁷ G. SAVI, *Lo scioglimento "volontario" dell'unione civile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 2, 2017, p. 681.



nio¹⁰⁸. Si noti che nella normativa relativa alle unioni civili non viene specificata la necessità di una sentenza “passata in giudicato”.

Il comma 27, fa proprie le statuizioni della giurisprudenza, anche sovranazionale¹⁰⁹ e stabilisce che alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. Giova sottolineare che la legge tace circa l'ipotesi inversa, qualora i componenti dell'unione civile, a seguito di una sentenza di rettificazione di sesso, intendano comunque mantenere in vita l'unione stessa¹¹⁰.

¹⁰⁸ F. ROMEO, *op. cit.*, pp. 665-693.

¹⁰⁹ Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170; Cass., 21 aprile 2015, n. 8097; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sent. 16 luglio 2014, *Hämäläinen c. Finlandia*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, I, 1139, con nota di A. LORENZETTI e A. SCHUSTER.

¹¹⁰ Oppure, magari, decidere di contrarre matrimonio.



CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y REPARACIÓN INTEGRAL*

ENRIQUE GIL BOTERO**

Los sucesos que tuvieron lugar durante la Segunda Guerra Mundial derivaron en la pérdida de confianza, en una razón que demostró que también podía estar al servicio de la barbarie, pero al mismo tiempo, representaron una toma de consciencia frente a la necesidad imperiosa y apremiante de hacer de las constituciones o leyes fundamentales, los principales instrumentos para limitar el poder otrora omnipotente de los Estados y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. La Ley Fundamental de Bonn expedida el 23 de mayo de 1949 tuvo mucho que ver en este cambio de paradigma.

Aunque inicialmente se concibió como una constitución transitoria pues los alemanes querían esperar a la reunificación para expedir su Constitución definitiva, – de ahí su nombre de Ley Fundamental –, su espíritu ha dejado profundas huellas en el constitucionalismo moderno del mundo occidental. La cláusula consagrada en el numeral del 3° del artículo primero, significó una transformación no sólo para el derecho constitucional, sino para todo el derecho en general: “los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”. Con esa simple expresión, quedaba claro que la Constitución no era ya una mera declaración de principios, valores o aspiraciones, sino una norma vinculante y de eficacia directa que debía orientar las actuaciones de todos los órganos del Estado. Por eso, el profesor Otto Bachof, señala con acierto, al referirse al proceso acontecido con la Constitución alemana de 1949, que “el control de legalidad de la administración implica hoy, al mismo tiempo, el control de constitucionalidad de la administración (...) se controla a la administración sobre el cumplimiento del sistema de valores de la Constitución, e inclusive con un orden jurídico suprallegal o metapositivo”¹.

El derecho de la responsabilidad también se vio permeado por este proceso de constitucionalización y encontró eco y fundamentación en las normas de rango constitucional, razón por la que el modelo de Estado Social de Derecho impregnó o *publificó* – en términos de la doctrina española – ese ordenamiento, lo que supuso el abandono sistemático y gradual de disposiciones legales para encontrar el basamento del derecho en las normas superiores. Se da así una lectura de la institución del daño no con los lentes del jurista del derecho civil, sino conforme a la dióptrica esclarecedora de la Constitución.

* La construcción de esta conferencia, se estructura fundamentalmente sobre las siguientes obras del autor: Responsabilidad Extracontractual del Estado, Séptima Ed., Bogotá: Editorial Temis, 2017 y Constitucionalización del derecho de daños, 1° Edición, Bogotá: Editorial Temis, 2014

** Ministro de Justicia y del Derecho, Ex Comisionado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Ex Presidente del Consejo de Estado.

¹ Expresión utilizada por el profesor Otto Bachof en un discurso inaugural impartido en la Universidad de Heidelberg en julio de 1951, en la que defiende la existencia de un “derecho suprapositivo” que ha de ser respetado por los jueces y el propio poder constituyente como condición para la validez de la propia Constitución (O. BACHOF, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, traducción de Leonardo Álvarez Álvarez, Lima: Palestra, 2010).



Entonces, si antes las codificaciones –y en especial la civil con la expedición del Código de Napoleón en 1804 – eran consideradas el paradigma del conocimiento científico – jurídico, hoy nadie puede desconocer que la Constitución ha desplazado a los códigos en esa tarea de brindar las herramientas hermenéuticas para determinar la adecuada aplicación del derecho sin importar cuál sea su naturaleza, pública o privada. Por lo anterior, es innegable que la Constitución entra en un permanente diálogo – o dialéctica – con los ordenamientos legales, entre ellos, el derecho privado, de forma tal que se produce lo que se podría denominar la irradiación del orden constitucional a todo el sistema jurídico.

Así las cosas, hoy en día, los nuevos textos constitucionales parten de reconocer la diferencia, pero edifican unos mínimos irrenunciables fundamentados en tres pilares basilares: i) la dignidad humana, ii) el principio de libertad y iii) el principio de igualdad. Desde esta perspectiva, todo el derecho – inclusive la responsabilidad extracontractual civil o del Estado – encuentra el fundamento político y filosófico que sirve para una adecuada hermenéutica de un sistema jurídico, como por ejemplo la delimitación de los daños resarcibles y la importancia del principio de reparación integral.

Al tomar como punto de referencia el caso colombiano, es preciso analizar cómo las instituciones propias del derecho de la responsabilidad empiezan a mirar la Constitución Política, no sólo con la finalidad de establecer el postulado que regula la responsabilidad patrimonial del Estado, sino, también, para dotar de contenido a los conceptos que de forma tradicional fueron nutridos a partir de una lectura privada o codificada del derecho de daños. Así, en nuestro caso, la Corte Constitucional ha reconocido la relación que existe entre el postulado de responsabilidad constitucional contenido en el artículo 90 de la Carta Política, y otros principios orientadores de la función pública. En este orden de ideas, es posible afirmar sin anfibología que al margen de que exista una norma específica de responsabilidad patrimonial del Estado, lo cierto es que también existe una gama de preceptos de rango superior que sirven de fundamento, basamento o apoyatura a la importancia del principio político y filosófico según el cual la administración pública se encuentra compelida a reparar integralmente el daño que cause. Entre las disposiciones que la jurisprudencia ha destacado como estructurales del sistema de responsabilidad, se encuentran, entre otras:

- i) El principio de dignidad humana (art. 1º).
- ii) El principio de solidaridad (art. 1º), que no sólo debe entenderse como expresión de la justicia distributiva aristotélica, sino que también puede llegar a expresar – desde el plano de la responsabilidad – un sustento filosófico y jurídico para determinar cuándo alguien está compelido a indemnizar el perjuicio causado.
- iii) El principio de protección y garantía (art. 2º).
- iv) El principio-derecho a la igualdad (art. 13).
- v) La antijuridicidad del daño irrogado (art. 90).

En esta perspectiva, la Constitución y el derecho “viviente” que ella produce, empiezan a desplazar los límites que durante siglos se trazaron entre los derechos público y privado; y por ser la responsabilidad una institución de carácter transversal al derecho, es una de las ramas que con mayor facilidad se vio influida por las transformaciones constitucionales, principalmente en los siguientes aspectos: i) la fundamentación y los elementos de la responsabilidad a la luz de una teoría constitucional moderna, ii) un contenido dogmático y programático de los textos constitucionales que fija el marco de protección de los principa-



les derechos y garantías de los ciudadanos, iii) la identificación de unos derechos fundamentales, que pertenecen a la esencia del ser humano, iv) una fuerte principalística aplicable a diversas instituciones e instrumentos propios de la responsabilidad civil y estatal, v) la calificación de la antijuridicidad del daño irrogado y iv) los límites en el ejercicio del poder público como delimitante de la responsabilidad precontractual, contractual, extracontractual, o por la expedición de actos administrativos.

En otros términos, el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado al ser esencialmente creación de la jurisprudencia, ha estado caracterizado por dos instituciones que le sirven de apoyo sistemático: i) el principio *iura novit curia* y ii) el principio del ‘derecho viviente’.

Ahora bien, la constitucionalización de la responsabilidad, condujo a la constitucionización de los bienes, intereses legítimos y derechos protegidos por el derecho, y es así como a partir de la segunda mitad del siglo XX, se inicia un proceso transformador en la responsabilidad extracontractual – civil y del Estado – al identificar el daño a la persona como factor determinante en la sistematización de los perjuicios inmateriales distintos al moral, de modo que en el daño a la persona surge la noción de daño corporal.

A este respecto, los ordenamientos de derecho continental tienen dos grandes exponentes que reflejan visiones diametralmente opuestas en cuanto a la identificación de los bienes susceptibles de resarcimiento, es decir, de los derechos que son relevantes para la responsabilidad y, por tanto, devienen indemnizables: por una parte, se encuentra el sistema italiano de corte cerrado en el que el legislador en el artículo 2059 del Código Civil, restringió la indemnización de los daños no patrimoniales a aquellos que se encontraran expresamente en la ley; mientras que la otra cara de la moneda la representa el sistema francés en el artículo 1804 del Código Civil, norma abierta que permite la reparación de todos los daños que se hayan cometido con culpa y se encuentren probados.

Otro caso para destacar es el del ordenamiento jurídico español, en donde el Tribunal Supremo, como lo trae a colación el profesor Ricardo de Ángel Yagüez (Q.E.P.D.) en su Tratado de Responsabilidad, declaró que había lugar a un recurso de casación que se instauró porque no se atendió a un paciente, ya que se había dado la orden de que no se admitiera el ingreso de enfermos por falta de camas libres, lo que implicó el traslado a otro centro hospitalario a pocos kilómetros, falleciendo el paciente en el trayecto. En esa oportunidad, el Tribunal declaró que “la negación de asistencia médica supone privar de un derecho constitucional, lo que por sí solo es indemnizable”.

Ahora bien, al fenómeno de la constitucionización del derecho, debe sumársele otro de igual importancia, que también ha incidido en la configuración del derecho de daños y de la responsabilidad: la convencionalización del derecho. Tras la Segunda Guerra Mundial, los Estados se percataron de su capacidad limitada para proteger los derechos de sus ciudadanos, razón por la cual se advirtió la necesidad de crear instrumentos e instancias internacionales, para consagrar no los derechos humanos, sino los mecanismos judiciales para su protección, lo que con el paso de los años dio lugar a una suerte de internacionalización del derecho. Desde esta perspectiva, los Estados ya no sólo deben responder a los cánones de su ordenamiento constitucional interno, sino también a las normas y estándares de los organismos supranacionales.



Hoy no cabe duda de que después de largas batallas jurídicas e incluso políticas, los instrumentos internacionales de consagración y protección de los derechos humanos dejaron de ser meras declaraciones programáticas sin eficacia directa, para convertirse en verdaderas garantías para los derechos de los individuos de aplicación inmediata, es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuya adopción y aplicación por parte de los Estados deriva en el denominado “control de convencionalidad”, que hoy se ejerce para salvaguardar la coherencia entre el ordenamiento jurídico interno y las disposiciones de la Convención.

La primera decisión en la que la Corte Interamericana reconoció explícitamente la existencia de este principio fue en la sentencia del 26 de diciembre de 2006, al resolver el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”², en la que se trató el caso de la muerte del profesor y militante del partido comunista Luis Alfredo Almonacid Arellano durante el inicio de la dictadura militar en 1973. En aplicación del control de convencionalidad, la Corte no sólo condenó al Estado chileno a la reparación de los daños sufridos por los familiares de la víctima, sino que también lo exhortó a readecuar sus normas internas sobre amnistía, a las disposiciones de la Convención Interamericana, especialmente las contenidas en el artículo 1.1., toda vez que las existentes iban en contra de los principios de justicia y verdad e impedían la investigación de los delitos cometidos durante la dictadura.

Meses después, la Corte volvería a aplicar el control de convencionalidad en el caso conocido como “trabajadores cesados del Congreso”³, en el cual el Estado peruano reestructuró el Congreso y prohibió demandar las resoluciones mediante la cual se desvinculaba del servicio a los trabajadores de esa Corporación. La Corte consideró que las normas del derecho interno peruano vulneraban lo previsto en el artículo 1.1. de la Convención, al despojar a los ciudadanos de un mecanismo judicial que les permitiera solicitar la protección de sus derechos.

Ahora bien, los jueces colombianos han encontrado en el ejercicio del control de convencionalidad, un valioso instrumento para: i) hacer aplicables los deberes de protección y garantía del artículo 1º de la CADH y de otras disposiciones de la misma; ii) edificar el juicio de responsabilidad del Estado, en los casos de daño antijurídico causado por agentes estatales cuando son autores de actos reprochables y execrables y iii) cuando resultan aplicables los principios y las reglas de la reparación integral. En las próximas líneas me referiré a este último caso y trataré de explicar cómo a través del ejercicio del control de convencionalidad, los jueces y particularmente el Consejo de Estado, han aplicado el principio de reparación integral para garantizar el derecho a la reparación de las víctimas en todas sus dimensiones, y sobre todo para comprender y poner de manifiesto, que desde el punto de vista semántico y etimológico, hay una gran diferencia entre la indemnización y la reparación integral. Indemnizar es simple y llanamente el resarcimiento de un daño, mientras que

² Corte Interamericana. Caso Almonacid Arellano y otros, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Se dice explícitamente, por cuanto la Corte aclaró que ya había aplicado el control de convencionalidad en otros pronunciamientos, al reprochar de parte de los Estados miembros la violación de los derechos consagrados en la Convención.

³ Corte Interamericana. Caso Trabajadores cesados del Congreso (Alfaro y otros), sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.



la reparación es la satisfacción completa de una injuria u ofensa, es decir, dejar indemne al ofendido.

Aunque la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tema ha sido abundante, es necesario precisar que los jueces no siempre actuaron con la vehemencia de estos días. En un comienzo se creía erróneamente que sólo ante hechos excepcionales y extremadamente graves, especialmente cuando se tratara de casos de violaciones de derechos humanos, los jueces podían echar mano de ese principio para reparar a las víctimas. Por fortuna, la labor pedagógica del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, derivó en un mejor entendimiento de la reparación integral, al punto que hoy se acepta sin ambages que, su aplicación procede no sólo ante una grave violación de derechos humanos, sino también cuando se ha vulnerado un derecho fundamental, aun cuando la vulneración no haya ocurrido en un contexto de violaciones masivas a derechos.

En esta evolución de la aplicación del principio de reparación integral en el contexto colombiano, ha jugado un papel singular, el diálogo judicial interamericano, que se ha construido gradualmente entre los jueces nacionales y los organismos internacionales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Gracias al vínculo que se ha establecido entre ambos sistemas, los jueces nacionales han encontrado herramientas para proteger con mayor eficacia los derechos de los ciudadanos que acuden a la administración de justicia en busca de la reparación de los daños sufridos como consecuencia de las actuaciones del Estado. En ese sentido, el control de convencionalidad ha sido una de esas herramientas, pues ahora el juez debe procurar en la mayor medida posible que sus decisiones se ciñan a los estándares normativos, pero también jurisprudenciales de los órganos de protección interamericanos, podemos decir entonces, en palabras de la profesora Paola Andrea Acosta Alvarado, “que el diálogo interjudicial asegura la consecución de los objetivos constitucionales de protección y, con ello, la efectividad del Derecho Internacional de los derechos humanos”⁴.

A continuación, presentaré algunos ejemplos sobre cómo en el marco de este diálogo interamericano, y especialmente en virtud del ejercicio del control de convencionalidad, se ha dado aplicación al principio de reparación integral específicamente como consecuencia del medio de control de reparación directa.

En esta intervención usaré un tríptico: en primer lugar, me referiré a la reparación integral en materia de derechos humanos; después, la reparación integral de derechos fundamentales y, finalmente, la constitucionalización y convencionalización del derecho de daños en la experiencia de la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana.

En el año 2007⁵, por primera vez el Consejo de Estado hizo una reflexión crítica sobre lo que es la indemnización y lo que es el principio de reparación integral y, frente a ello, desde el punto de vista semántico y etimológico, comprendimos que había una gran diferencia entre la indemnización y la reparación integral. Indemnizar es simple y llanamente el resarcimiento de un daño, cuando desde el punto de vista etimológico y semántico la repa-

⁴ P.A. ACOSTA ALVARADO, *El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva*, en *Diálogo entre Cortes*, Luiz Arcaro Conci y Luca Mezzetti editores, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

⁵ Sección Tercera, Sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273, C.P. Enrique Gil Botero.



ración es la satisfacción completa de una injuria u ofensa, es decir, dejar indemne al ofendido, como ya se dijo.

En ese entendimiento, el Consejo de Estado advirtió con claridad que lo que el juez administrativo venía aplicando era el principio de indemnización que se limitaba simple y llanamente al otorgamiento de sumas de dinero por el quebrantamiento de daños materiales o morales.

Así, frente a la constatación de la violación de derechos humanos, observamos que el criterio pecuniario resultaba insuficiente puesto que la vulneración de los derechos humanos no puede circunscribirse a un aspecto meramente pecuniario, en atención a que se lesionaban una serie de garantías y una multiplicidad de facetas de derechos que no eran de naturaleza económica.

En esa oportunidad, el Consejo de Estado se preguntó, “¿cuál debe ser el papel del Juez de lo Contencioso Administrativo en la aplicación de dichos axiomas?; ¿cómo debe armonizar el principio de “reparación integral” en el ámbito interno?; y ¿qué tanta influencia y fuerza vinculante proyecta en el derecho interno dicho canon reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos?”

Para responder este interrogante, se puso de manifiesto la necesidad que había de interpretar la reparación integral en atención a la naturaleza del daño producido y, con mayor razón, cuando se relacionaba con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Masacre de Ituango*, *Acevedo Jaramillo*, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa y Baldeón García*, considerando el numeral 1º del artículo 66 de la Convención Americana, que establece la competencia de dicha Corte para que, una vez constatada la violación de un derecho de esta naturaleza, ordene su reparación íntegra.

En ese entendimiento, el Consejo de Estado pudo apuntar que el principio de indemnización es insuficiente cuando se trata de restaurar la transgresión de derechos humanos. Con el espíritu de esta sentencia fundadora del Consejo de Estado – masacre de Ituango –, se tuvo oportunidad de señalar la cosa juzgada internacional desde el punto de vista material y formal, lo que posibilitó advertir que, era deber de los jueces colombianos hacer extensiva la aplicación de las modalidades de reparación integral pecuniaria y no pecuniaria que utilizaba la Corte Interamericana, así como de los criterios de la resolución de la ONU en materia de reparación integral, en supuestos de violación de derechos humanos.

En esta sentencia se estableció de manera clara que había medidas de rehabilitación, de satisfacción y garantías de no repetición que obligaban al juez nacional. Y en ese orden, se señaló que los jueces colombianos en el área de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, estaban obligados a aplicar, en ese mismo modelo de pensamiento, las diferentes medidas que adoptaba la Corte Interamericana para satisfacer el principio de reparación integral.

En 2008, hubo otro pronunciamiento que permitió hacer una aplicación, ya en una sentencia hito, en un evento en el que la policía torturó, degolló y amputó las manos a cuatro hermanos.

El Consejo de Estado aprovechó esta oportunidad para señalar que el juez de lo contencioso administrativo no está limitado a su función principal, que es el reconocimiento de derechos subjetivos o de indemnizaciones, sino que tiene que ir mucho más allá para sati-



sfacer el principio de reparación integral y llevar a la persona que ha padecido la violación de un derecho humano al *status* previo al quebrantamiento. Se señaló que el juez tiene que asumir una posición dinámica frente a las nuevas exigencias que el ordenamiento jurídico interno e internacional demandaban. La protección de los derechos humanos es un asunto que traspasa las fronteras del concepto acérrimo y tradicional de soberanía.

Se dijo que los derechos humanos constituyen un *principio* objetivo que antecede al ordenamiento y a la ley positiva, y que es deber del juez protegerlos, pues su existencia no depende de la positivización que hagan los gobiernos de turno. En palabras de Massini, constituirían una broma macabra si se permite que el reconocimiento y el mantenimiento de los derechos humanos dependan de la transitoriedad de los Estados y de los gobiernos.

En esta sentencia, por primera vez el Consejo de Estado dispuso que el Director General de la Policía Nacional de Colombia debía pedir perdón a la familia víctima, en una ceremonia, por la muerte y tortura de cuatro de sus integrantes. Y se ordenó que la policía de ese comando impartiera clases de manera pedagógica en los centros comunales de la municipalidad de Tuluá, junto con la publicación de esa sentencia.

Debe advertirse que en la sentencia se señaló que más importante que la implementación de los estándares, era el ejercicio de comprensión hermenéutica; se potencializó el principio de reparación integral frente al principio de seguridad y de congruencia, se maximizó la reparación integral para darle prevalencia sobre el principio de congruencia, pues se sostuvo que aunque quien apeló fue el Estado, el juez podría romper la congruencia y fallar *ultra* y *extra petita* porque se trataba de una situación que posibilitaba una ponderación o colisión de principios, donde la congruencia tenía que ceder, al igual que la prohibición de la *no reformatio in peius*, cuando se tratara de medidas de naturaleza no pecuniaria, en favor del principio de reparación integral.

Todo lo anterior tenía un fundamento constitucional. El artículo 93 de la Constitución Política colombiana señala la prevalencia de los convenios, tratados y protocolos relativos a derechos humanos en el orden jurídico interno, por ello, ante la grave violación de los derechos humanos es un imperativo categórico del juez procurar la reparación *in íntegram*.

Se profirió una sentencia de 26 de marzo de 2009 que tiene una gran importancia porque aborda el caso de tres campesinos que fueron desaparecidos por un grupo paramilitar que actuó en connivencia con el Ejército⁶. Allí se hicieron consideraciones muy importantes sobre la responsabilidad del Estado por omisión y la posición de garante que asume la fuerza pública cuando dentro de sus roles está la de evitar un resultado y el no hacerlo es tanto como producirlo.

Esa actitud complaciente del Ejército frente a la desaparición de los tres campesinos víctimas del grupo paramilitar permitió al Consejo de Estado, en desarrollo de los conceptos de imputación objetiva y de posición de garante, atribuir la responsabilidad al Estado recordando una de las primigenias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1988, el *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, donde el daño fue cometido por particulares bajo la complacencia o la omisión del Estado.

⁶ Sección Tercera, Sentencia de 26 de marzo de 2009, exp. 17994, C.P. Enrique Gil Botero.



Igualmente se señaló la visión antropocéntrica del constitucionalismo moderno, donde se hace depender la legitimidad del poder político al respeto y garantía de los derechos humanos. Igualmente, se señaló que en estos casos se debe aplicar la octava Tesis de Alexy, según la cual las leyes que a pesar de ser socialmente eficaces y válidas, si afectan el núcleo esencial de los derechos humanos, no son justas y, por lo tanto, no constituyen derecho.

Este deber de prevenir una violación a los derechos humanos en los términos señalados en el artículo 1° de la Convención Americana permitió que la Fiscalía General de Colombia abriera las investigaciones respectivas para obtener la verdad y la declaratoria de responsabilidad como un requisito de la reparación integral de las víctimas.

El citado pronunciamiento cobra importancia en relación con la responsabilidad extracontractual del Estado, toda vez que se abordaron los siguientes temas:

a. La responsabilidad del Estado por la omisión de la fuerza pública, en tanto se hizo énfasis en el deber de protección y seguridad que deben cumplir los agentes estatales, así como la posición de garante en la que se hallan los servidores públicos —especialmente los que integran la fuerza pública— cuando el daño se produce dentro de su órbita de dominio, esto es, si pudiendo evitar el daño antijurídico no se adoptaron las medidas idóneas para ello, el resultado deviene imputable fácticamente por omisión.

En el caso concreto, el lugar de producción de los hechos fue a menos de 10 minutos del sitio en donde se encontraba localizado el retén de la fuerza pública y, de otro lado, se trataba de una única vía, razón por la cual, al haber tomado el carro de los delincuentes rumbo hacia Villavicencio, resulta inadmisibles que prevenidos del hecho —tal y como quedó plenamente demostrado— no hubieren evitado la producción del daño antijurídico, es decir, la desaparición forzada de tres campesinos de la zona.

b. La importancia del constitucionalismo moderno a que se refiere Gustavo Zagrebelsky, en donde las cartas políticas adquieren la connotación de antropocéntricas y, por ende, los derechos humanos se erigen en el fundamento de la legitimidad del poder político y público, en palabras del Consejo de Estado señalan que: "... el eje central y pilar fundamental de la organización estatal ya no está radicado en el concepto de "nación", entendida como ese elemento político abstracto de cohesión, sino en el pueblo así como en las garantías individuales y colectivas de las cuales es titular tanto el individuo (Constitución antropocéntrica) como la sociedad. En consecuencia el gobierno y, en general, las fuerzas de poder se legitiman⁷, en la medida que sean respetuosos y garantes de los derechos humanos, especialmente de los derechos fundamentales del ser humano^{8,9}.

⁷ "Mi octava tesis es que las normas jurídicas debidamente promulgadas y socialmente eficaces que son incompatibles con el núcleo de los derechos humanos básicos son extremadamente injustas y, por tanto, no son derecho. Esta tesis coincide con la famosa fórmula de Radbruch [*leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes*]..." R. ALEXY, *La institucionalización de la justicia*, Granada, 2005, p. 76.

⁸ "Como acabamos de ver, los derechos fundamentales aparecen como instrumentos que limitan la actuación del poder, desde perspectivas políticas y religiosas. Esto significa que el poder no puede transgredir estos derechos y que su actuación tiene que estar presidida por estas figuras... La actuación y organización del poder no podrá ser contraria a los derechos fundamentales. Estos son límites no sólo en cuanto a la actuación sino también respecto de la organización." R. DE ASÍS ROIG, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, 1992, p. 43.

⁹ Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.



c. La posibilidad de aplicar, en aquellos eventos en que el juez se enfrente a la violación de derechos humanos, la regla de Radbruch [*leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes*], esto es que, excepcionalmente, ante la constatación de la existencia de derecho injusto que enerve la posibilidad de la reparación integral del daño derivado de una violación a derechos humanos, el juez puede inaplicar (v.gr. excepción de inconstitucionalidad) o desconocer el contenido legal, al afirmar que por ser normas injustas no constituyen derecho, con el propósito de obtener el efectivo resarcimiento del perjuicio.

El Tribunal Supremo Alemán, ha reconocido la necesidad de que, en determinados supuestos, el derecho nacional interno tenga que ceder ante la fuerza vinculante de los postulados de justicia y del núcleo esencial de los derechos humanos. Sobre el particular, revisiten especial importancia los pronunciamientos proferidos en relación con los casos conocidos como “los centinelas del muro”, en los que se juzgó la responsabilidad penal de los militares y autoridades políticas que ordenaron la muerte de las personas que intentaban cruzar el Muro de Berlín, antes de que se produjera su caída. En relación con la pugna entre las normas internas y el derecho internacional, el mencionado tribunal sostuvo:

“[ante la] agresión abierta e insoportable contra mandatos elementales de la justicia y contra los derechos humanos protegidos por el Derecho Internacional, el derecho positivo ha de ceder ante la justicia”¹⁰.

d. Se estableció el deber de prevenir una violación a los derechos humanos, en los términos señalados en el artículo 1º de la Convención Americana de los Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”. Al respecto, el Consejo de Estado, reiteró los argumentos contenidos en uno de los pronunciamientos primigenios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concretamente, la sentencia de 29 de julio de 1988, en el caso Velásquez Rodríguez (vs) Honduras, oportunidad en la que se puntualizó lo siguiente:

“(...) 172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”.

A partir de estas sentencias, el Consejo de Estado decidió una serie importante de casos como el del Río Meléndez, donde diez drogadictos fueron llevados por la fuerza públi-

¹⁰ Ver: BGHSt 39, 1 (16); 39, 168 (184). Sentencias proferidas en el año 1992 y 1994, en causas penales.



ca a orillas de ese río y ahí fueron asesinados por el solo hecho de ser drogadictos. El Consejo de Estado, en la que fue la primera sentencia de unificación proferida por la Sección Tercera¹¹, señaló, recordando unas intensas y apasionadas reflexiones de la misma Corporación en pro de la vida, cuyo ponente fue el consejero Carlos Betancur Jaramillo, que nadie puede definir, con fines de exterminio o de perdón, quién es bueno, útil y merece seguir con vida y quién es malo, inútil, desechable, prostituta u homosexual y debe morir. Nadie, y menos la autoridad, porque cuando la autoridad asume ese papel pasa de ser un andamiaje para la protección de la vida, para convertirse en una monstruosa máquina de muerte. En el caso del Río Meléndez se hace una importante referencia a las medidas de justicia restaurativa, las cuales se impusieron en la misma línea de la Corte Interamericana.

En un caso conocido como el de los 12 Apóstoles¹², así denominado por tratarse de una banda criminal que contaba con la participación activa del párroco del pueblo y se dedicaba a asesinar a todas las personas que en su demencial criterio no eran útiles a la sociedad: drogadictos, prostitutas, homosexuales y rateros, se impusieron como medidas de justicia restaurativa, que en la plaza principal de ese municipio se hiciera un monumento alegórico a la vida para que crímenes como estos no vuelvan a repetirse jamás, porque son dignos del pandemónium, e igualmente se ordenó que esa sentencia estuviera inscrita y guardada en la memoria histórica del país.

Lo propio ocurrió en un caso en el que se demostró la responsabilidad del Estado por la desaparición forzada de siete comerciantes, por la violación de la posición de garante¹³. Por tratarse de hechos que entraban un grave desconocimiento a los derechos humanos, en tanto se perpetró una violación sistemática de delitos de lesa humanidad, en virtud de la desaparición forzada de los familiares de los demandantes, se decretaron medidas de satisfacción, entre ellas, la investigación y sanción de los hechos y la búsqueda exhaustiva de los restos mortales de los desaparecidos, así como la instalación de una placa conmemorativa en la plaza principal del municipio donde ocurrieron los hechos.

En 2013, el Consejo de Estado estudió el caso de un comisionado de paz que fue asesinado por el Ejército en el momento en el que se disponía a entregar 150 millones de pesos a las FARC para que devolviera a una joven plagiada, y cuando el ejército requisó accidentalmente el vehículo y encontró 150 millones, mató al comisionado, a todos sus acompañantes y arrojó los cuerpos a un abismo con el ánimo de ocultarlos¹⁴, el Consejo de Estado condenó, aplicando el artículo 97 del Código Penal en una situación novedosa y en una sentencia de unificación, a pagar el equivalente a 60 mil dólares por cada uno de los reclamantes directos o del núcleo principal de la familia: padres, hijos y esposa. En esta sentencia se señaló que se tenía que crear una cátedra en el ejército con el nombre Alex Lopera

¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 4 de mayo de 2011, expediente 19.355. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de junio de 2013, expediente 25180, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de noviembre de 2013, expediente 29.764, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 25 de septiembre de 2013, expediente 36.460, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.



Díaz, comisionado de paz, quien fue el ciudadano que fue sacrificado por un mayor del ejército y el pelotón que tenía a su cargo.

Se impusieron otra serie de medidas y ahí podríamos mirar este aspecto de protección de los derechos humanos que ha construido el Consejo de Estado, siguiendo los lineamientos de la Corte Interamericana, pero creo que ha ido mucho más allá porque ha dicho que, en aras de satisfacer la reparación integral, ésta no tiene que ser solicitada por los actores, porque el juez en la protección de esos derechos puede sacrificar la congruencia y aspectos procesales, comoquiera que en ese ejercicio de hermenéutica constitucional prevalezca la reparación integral sobre aspectos eminentemente procesales.

En sentencia de 9 de julio de 2014, la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró patrimonialmente responsable al Estado, por la masacre de un grupo de personas a manos de grupos paramilitares, en Pichilín, un lejano corregimiento de la costa Caribe¹⁵. En esa oportunidad se demostró el desconocimiento de la posición de garante por parte del Estado, por lo que se aplicó el control de convencionalidad y además, con el fin de reparar integralmente a las víctimas, se ordenó entre otras cosas, la realización de una ceremonia de disculpas públicas, la instalación de una plaza conmemorativa en honor a las víctimas en la plaza principal del corregimiento, además de brindar tratamiento psicológico y psicosocial a cada uno de los demandantes, haciendo especial énfasis en las mujeres, menores de edad y adultos de la tercera edad.

Ahora bien, el principio de reparación integral no sólo ha sido utilizado en graves violaciones de derechos humanos, sino además cuando se trata del quebrantamiento de derechos fundamentales. Es así como el Tribunal Constitucional de la República Alemana, y el Tribunal Constitucional Español han avanzado en la construcción y reconocimiento de las dos dimensiones de los derechos fundamentales, la primera denominada subjetiva que parte del concepto o noción de derecho subjetivo, entendida como una potestad, interés o facultad que se radica en cabeza de un sujeto y le otorga la posibilidad de exigir un determinado deber de conducta de otro sujeto de derecho; la segunda, por su parte, fundamentada en la noción de orden constitucional, entendido como un todo compuesto por principios y valores que irradian el ordenamiento jurídico y las políticas públicas a cargo de la organización estatal.

En efecto, los derechos fundamentales parten de una premisa inicial según la cual existe una relación jurídica sustancial originada en un derecho subjetivo, generalmente de rango constitucional, que otorga a la persona la garantía de solicitar del Estado un específico comportamiento o de abstenerse de realizar alguna actividad, o también el suministro de determinada prestación (derechos prestacionales o sociales). No obstante lo anterior, se ha reconocido de manera reciente la existencia de una dimensión objetiva en la que juega el derecho fundamental no referido a una relación jurídica particular, sino inmerso en el ordenamiento jurídico.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Español ha sostenido:

“Como consecuencia de este doble carácter de los derechos fundamentales pende sobre los poderes públicos una obligación también dual: en su tradicional dimensión sub-

¹⁵ Sección Tercera, sentencia de 9 de julio de 2014, expediente 44333, C.P. Enrique Gil Botero.



jetiva, les impone una obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos acotada; y en su vertiente jurídico – objetiva, reclaman genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven a fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos”¹⁶

Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, pionero en la materia, señaló en la famosa sentencia Lüth de 1958, lo siguiente:

“Sin duda los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar ante todo la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado...”

“Igualmente es cierto que la ley fundamental, que no tiene el carácter de un ordenamiento de valores neutral, en su capítulo sobre derechos fundamentales, ha incluido también un orden de valores objetivo que implica, en principio, un fortalecimiento de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su punto medio al interior de la comunidad social, en el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad del ser humano, como decisión constitucional fundamental, debe ser válido para todas las esferas del derecho...”¹⁷

A nivel interno, desde la sentencia T-406 de 1992 de la Corte Constitucional, se reconoció la existencia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, cuando se estableció que esta última faceta de los mismos se entronizaba con la estructura y funcionalidad del poder público, en la medida que la fuerza vinculante del derecho fundamental se desplaza o traslada de la órbita subjetiva y particular, para otorgar un carácter vinculante en relación con la estructura del poder público.

La finalidad de la dimensión objetiva consiste en que otorga una nueva finalidad y esencia de los derechos constitucionales fundamentales, ya que no sólo permite que sean entendidos como una relación bilateral en el que se solicita del aparato estatal una acción, abstención o prestación en relación con un individuo determinado, sino que se proyecta la fuerza vinculante del derecho con los principios, valores y reglas constitucionales lo que hace que las autoridades públicas tengan en cuenta las garantías fundamentales a la hora de establecer políticas, así como en la aplicación del principio de precaución o prevención.

En un caso donde un médico procedió a hacerle una cesárea a una joven mujer bajo el convencimiento de que se trataba de un embarazo de feto único en posición transversa, pero se trataba de trillizas de solo 24 semanas de gestación que murieron a los pocos minutos. El Consejo de Estado dijo: “aquí aunque solo se pide la protección de derechos subjetivos, económicos, hay que mirar la dimensión objetiva del derecho fundamental a la salud”.

¹⁶ STC, sentencia 53 de 1985.

¹⁷ Cita extraída del artículo “La protección de los derechos fundamentales frente a los particulares”, cuyo autor es el investigador Diego Valadés del Instituto de de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.



Recordó el *caso Lüth* del Tribunal Constitucional alemán de 1958 y dijo: “el juez no es un convidado de piedra frente a la violación de valores y principios constitucionales” y en ese orden, aunque no se había pedido, se ordenaron medidas de justicia restaurativa y se dispuso una medida de no repetición para que se enviara a todas las E.P.S. de Colombia copia de esa sentencia, a efecto de que no se volviera a repetir una situación de esa naturaleza.

Igualmente, en el caso de una privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado – luego de hacer una ponderación sobre la libertad como principio y valor, – condenó e igualmente impuso una serie de medidas de justicia restaurativa a cargo del Estado, entre ellas pedir perdón a la familia de la víctima, quien al ser injustamente sometido a un proceso penal por la muerte de su esposa dejó sus siete hijos expuestos al escarnio de la comunidad¹⁸. De igual forma, con ocasión de los mismos hechos, en sentencia proferida el 20 de octubre de 2014¹⁹, el Consejo de Estado declaró responsable al Estado por la muerte de la cónyuge de la víctima, y a título de reparación integral ofició a la Fiscalía General de la Nación, para que iniciara las respectivas investigaciones dirigidas a esclarecer la responsabilidad penal y los demás presuntos responsables de los hechos en los que murió la madre de las menores. Además, ordenó que con cargo al presupuesto de las entidades condenadas, se realizará un convenio interadministrativo con las facultades de sociología, psicología e historia de varias universidades de Colombia, para realizar un completo estudio psicosocial con el fin de determinar la incidencia y repercusión de los hechos ocurridos el 6 de octubre de 1994 en la familia de la señora María Antonia Castaño Galvis, a partir de su homicidio.

En el campo de los derechos fundamentales, la colocación de un dispositivo intrauterino para control de natalidad a una joven de 24 años le generó una infección pélvica. Esa infección desencadenó la necesidad de una anexohisterectomía total y ahí el Consejo de Estado fue mucho más allá y dijo: “en atención a medidas de justicia restaurativa, no solo protegemos la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, sino también la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales y, aunque no lo pidan las partes, es deber del juez dejar de lado la naturaleza de justicia rogada, porque la naturaleza óptica del juez precisamente lo obliga a preservar, mantener y proteger la filosofía y los valores de la Constitución”.

Entonces, no se reduce la reparación integral a un aspecto económico o pecuniario, sino a otro tipo de medidas que en el campo de los derechos humanos buscan el restablecimiento del núcleo duro del derecho y en el área de los derechos fundamentales protegen la dimensión objetiva o la dimensión subjetiva de los mismos.

Finalmente, hay un aspecto que ya se mencionó en párrafos precedentes, pero en el que quisiera ahondar por el interés que reviste, y tiene que ver con la tipología del perjuicio, pero no de los perjuicios materiales, sino los inmateriales, que es donde se presentan las dificultades.

En Colombia, hasta el año 1992 se reconocían únicamente los perjuicios morales y aquí se reconducían —como en una especie de agujero negro— todos los bienes de conte-

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, radicación: 18.960 Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2014, radicación: 29.979, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.



nido inmaterial que estaban en la Constitución: el honor, el derecho a la familia, al buen nombre, todo se calificaba como moral. En ese año se dio un gran paso y se empezó a hablar del perjuicio fisiológico como un perjuicio inmaterial diferente al moral; sufrió unas transformaciones porque se le llamó en un momento determinado “alteraciones de condiciones de existencia”, en otro, “daño a la vida de relación”.

Hoy, en virtud de dos sentencias de unificación o sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011, se señaló una nueva tipología del perjuicio. Se dejaron de lado esas mega categorías o tipos abstractos, como era el “daño a la vida de relación” y las “alteraciones de condiciones de existencia”, porque ahí cabía cualquier contenido de naturaleza inmaterial.

En ese entendimiento, esos mega estancos o compartimientos abiertos iban contra la naturaleza misma del perjuicio inmaterial y entonces se empezó, en esas sentencias, a hablar de daño corporal y el derecho a la salud como un derecho fundamental, que desde 1950 es reconocido en los diferentes instrumentos y tratados internacionales, y en el caso nuestro, en el artículo 49, ese derecho fundamental es un derecho constitucional.

El constitucionalismo moderno tiene a la persona como eje del ordenamiento, y entonces ya no se habla de daño en abstracto, se categoriza en de daños a las cosas y daño a la persona, y en el daño a la persona está inmerso el daño corporal, y en éste se va a anclar, no el concepto de daño-consecuencia, sino de daño-evento, toda vez que no se va a indemnizar, por ejemplo, las consecuencias de una anexohisterectomía desde el punto de vista funcional, anatómico, sexual, psíquico, etc., sino la salud en su dimensión de daño-evento y no de cada una de las secuelas, porque el daño corporal precisamente es la afectación exógena o endógena a cualquier parte de la geografía del cuerpo.

Lo anterior nos permitió hablar de la afectación a bienes constitucionales y hablar de la salud como un bien constitucional, y dejar de lado la mega categoría abierta que significaba el daño a la vida de relación.

De ahí que cuando los tribunales *a-quo* han dictado sentencias condenando por daño a la vida de relación o alteración de condiciones de existencia, el Consejo de Estado las ha modificado, ¿para qué? para condenar por un bien constitucional determinado: el derecho a la familia, el derecho al buen nombre, el derecho al honor, el derecho a la salud, etc.

Para finalizar quiero poner de presente que la experiencia en Colombia en materia de reparación integral ha alcanzado un grado de madurez en el que hoy día todos los jueces administrativos, en virtud de las sentencias de unificación, vienen aplicando los mismos lineamientos que la Corte Interamericana en Derechos Humanos, esto es, ejercen el control de convencionalidad difuso, como también respecto de los derechos fundamentales y se ha dado aplicación a lo que hoy denominamos la “constitucionalización y convencionalización del derecho de daños”, que sin lugar a dudas es uno de los grandes retos del derecho moderno, así como lo es el uso del lenguaje, el problema de las fuentes, la misma convencionalización del derecho. Se ha acercado la responsabilidad a la Constitución para no permitir tipos abiertos que desnaturalizan la finalidad y la razón misma de la institución de la responsabilidad que es la reparación integral, como también lo propio se ha hecho con el control de convencionalidad.



STUDI E RICERCHE

RIFLESSIONI SUL RAPPORTO TRA DIRITTO PRIVATO E STATO NELLE TRADIZIONI DI COMMON LAW E CIVIL LAW

GIOVANNI CINÀ

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Diritto privato e Stato nella tradizione di *common law*: l'esperienza inglese. – 2.1. L'esperienza americana. – 3. Diritto privato e Stato nella tradizione di *civil law*: l'esperienza francese. – 3.1. L'esperienza tedesca. – 3.2. L'esperienza italiana.

1. “Ogni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato: e quando più acuta è la crisi, i più inclinano a negare la distinzione (...). [Ma] negata la distinzione, si dissolve il diritto: tutto pubblico, espressione di forza non controllata né limitata di chi detiene il potere; tutto privato, organismo senza la forza di un potere (...)”¹. È dunque una questione di rapporto con il Sovrano, di validità/legittimità della norma giuridica, nonché di autorità/autorevolezza della stessa; è una distinzione che sottintende la soluzione di numerosi interrogativi, ad esempio, circa il ruolo della legge² ovvero dello Stato. In altre parole, è il risultato di operazioni complesse effettuate nel corso dei secoli che però, a seconda del contesto storico-giuridico di riferimento, hanno dato esiti a volte anche molto differenti.

In effetti, anche senza voler negare la distinzione, non si può comunque affermare che essa si sia mai fondata su criteri stabili o precisi³. Inoltre, le perplessità aumentano ancora di più se sol si considera che questa essenziale dicotomia non è poi presa molto sul serio negli ordinamenti di *common law*⁴. Dunque, un confronto con altri sistemi giuridici (financo con quelli appartenenti ad un'altra tradizione) può non solo evidenziare meglio le ra-

¹ Cfr. S. PUGLIATTI, *Prefazione*, in *Istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943, I.

² Così, nei sistemi di *civil law*, si può affermare che la legge rappresenti una propagazione dell'idea dello Stato nella società, mentre nei sistemi di *common law*, lo *statute* è un'incursione del Legislatore nel territorio del diritto che dev'essere limitata facendo uso di una rigorosa interpretazione letterale.

³ Cfr. P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Rivista di diritto civile*, 2017, p. 101 ss.

⁴ Cfr. J.H. MERRYMAN, *The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law*, 17 *Journal of Public Law* 3 (1968).



gioni⁵ di ciascuno di essi, ma forse anche ridimensionare alcuni di quei pre-giudizi caratterizzanti la prospettiva del proprio e di cui si fa più fatica a rendersene conto.

Preliminarmente, una qualsiasi analisi comparatistica pone in verità un problema di lingua che si articola su almeno due livelli inestricabilmente connessi tra di loro.

Innanzitutto, non si può prescindere, infatti, dal porre delle premesse terminologiche perché, ovviamente, una lingua diversa impone di tradurre il più fedelmente possibile espressioni spesso tipiche di quell'ordinamento. Sempre le medesime esigenze di fedeltà, tuttavia, possono indurre a *non* tradurre affatto formule che non riescono a mantenere la stessa pregnanza nel passaggio da una lingua all'altra⁶.

Inoltre, risultano altrettanto importanti le premesse concettuali su cui si fonderà l'analisi comparatistica. In effetti, anche nozioni apparentemente innocue come "diritto privato" (e, ad esempio, una sua traduzione *de plano* con l'espressione "*private law*") possono nascondere numerose insidie: invero, tali concetti assumono una molteplicità di significati anche all'interno di un medesimo ordinamento e, quando gli ordinamenti in gioco diventano più d'uno, le criticità aumentano inesorabilmente.

Tradizionalmente, nell'area del diritto privato si ricomprendono le materie oggetto della codificazione civilistica. Questo è certamente corretto, ma oltre a non offrire una visione comunque completa, non è neppure una definizione di "diritto privato", perché si limita a descrivere quali sono, a grandi linee, i suoi contenuti, senza però chiarire quali siano le sue caratteristiche essenziali o i suoi scopi primari. Ad ogni modo, è una descrizione che è generalmente accettata non solo nei Paesi di *civil law*, ma anche in quelli di *common law*. Dal punto di vista funzionale, quindi, potrebbe anche bastare.

Tuttavia, quando si cerca di individuare in via deduttiva l'oggetto del diritto privato e le sue specificità (quasi sempre in contrapposizione al diritto pubblico), il prisma della comparazione consente di metterne in luce molteplici e diverse definizioni.

Ma simili difficoltà si incontrano anche per la nozione di "Stato". D'altra parte, se è vero che l'origine moderna di tale concetto (come di quello di "sovranità") si fa tradizionalmente risalire agli accordi della Pace di Vestfalia, è altrettanto vero che, ad esempio, l'Inghilterra non fu minimamente coinvolta da quegli eventi. Non sarà forse un caso, allora, che neppure il termine "*State*" sia perfettamente sovrapponibile con il suo apparente omologo italiano (o francese o tedesco...).

In mezzo a questi due concetti, vi è inoltre l'evoluzione storico-giuridica di un rapporto, se non in crisi, comunque destinato ad esser ripensato, nella consapevolezza che, come ogni teoria scientifica, anche la rappresentazione giuridica è per sua natura provvisoria e, soprattutto, rimane distinta da quel fatto che vuole descrivere.

Per esaminare dunque un rapporto su cui il giurista di *civil law* non si interroga più di tanto, sembra interessante iniziare l'analisi di questi concetti partendo dalla tradizione giuri-

⁵ Ragioni giuridiche, senz'altro, ma prim'ancora forse storiche, politiche, sociali, culturali.

⁶ Si pensi, ad esempio, ad un'espressione come *due process* che generalmente si preferisce lasciare in originale giacché "in italiano perderebbe le ricche, composite implicazioni che la sottendono": così G. SACERDOTI MARIANI, A. REPOSO, M. PATRONO, *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Firenze, 1995, p. 126, nt. 129.



dica anglosassone dove l'*endiadi* di matrice continentale si allenta e i due poli concettuali in questione presentano forse dei confini più nitidi.

2. Al fine di cogliere in maniera adeguata gli esatti confini tra le due metà dell'ordinamento giuridico, può essere utile cominciare l'indagine prendendo a prestito le parole di Lord Woolf che descrive il diritto pubblico come "il sistema che garantisce la corretta esecuzione delle prestazioni in capo agli enti pubblici nei confronti della cittadinanza", mentre il diritto privato come "il sistema che protegge i diritti soggettivi degli individui nonché degli enti pubblici"⁷. È questa una classificazione semplice e lineare che tuttavia nasconde non poche insidie.

Innanzitutto, la linea di demarcazione (ammesso che ne esista una) tra "persone private" e "persone pubbliche" è, da sempre, poco chiara⁸. A ciò si aggiunge il tradizionale monismo dell'ordinamento giudiziario inglese per cui il sistema che protegge i diritti soggettivi degli individui coincide, perlopiù, con il sistema che garantisce la corretta esecuzione delle prestazioni in capo agli enti pubblici nei confronti della cittadinanza.

Prendendo ad esempio, infatti, il bene giuridico costituito dalla libertà personale, vediamo subito che esso è tutelato sia *in habeas corpus* (che, in caso di ingiusta detenzione, porterà ad un'ingiunzione nei confronti del pubblico ufficiale) sia *in tort* (che risarcirà l'attore del danno subito a causa di questa ingiusta detenzione). Ma, posta l'unicità del sistema giurisdizionale, quanto senso può avere elaborare una dogmatica distinzione tra pubblico e privato?

Essa, invero, rimane sempre sullo sfondo, rivelando la sua presenza discreta solo a chi sa già cosa cercare, ma mai imponendosi a livello sistematico⁹. Solo nel secolo scorso, la dicotomia assume un significato più pregnante, da un punto di vista *giurisdizionale*, con

⁷ Cfr. H. WOOLF, *Public Law – Private Law: Why the Divide? A Personal View* [1986] PL 220-221 (trad. mia). Per inciso, Lord Woolf non fa menzione alcuna di "diritti soggettivi", parlando invece di "*private rights*": sull'assenza di una teorica del diritto soggettivo negli ordinamenti di *common law*, cfr. R. HYLAND, voce «Diritto soggettivo nei paesi di common law», in *Digesto IV ed., Disc. priv. sez. civ.*, VI, Torino, 1990, 434 ss. L'a., peraltro, rileva come la questione sia preliminarmente linguistica perché laddove nell'Europa continentale esiste una sola parola per indicare l'atto di origine parlamentare (legge, *loi*, *Gesetz*) ed una sola parola per riferirsi "sia ai diritti individuali sia all'intero sistema giuridico" (diritto, *droit*, *Recht*), rendendosi così necessaria una qualificazione in senso soggettivo od oggettivo, in inglese "la parola *right* si riferisce esclusivamente ai diritti individuali mentre *law* si riferisce a quanto i giuristi continentali chiamano *diritto oggettivo*: gli atti di origine parlamentare [*a law or laws*] e la legge intesa come sistema operante [*the law or law*]" . Già in questo si nota la minore influenza del diritto romano che, invece, distingueva tra *lex* e *ius* (oltre che, naturalmente, e forse in conseguenza di ciò, tra *publicum* e *privatum*).

⁸ Sui motivi, anche storici, che hanno creato questa "confusione", v. *infra* quanto esposto sul concetto di Stato.

⁹ In questo vi è chi parla di una "definizione senza una distinzione": cfr. C. HARLOW, "*Public*" and "*Private*" Law: *Definition Without Distinction* (1980) 43 MLR pp. 241-265.



l'istituzione di organi giudiziari deputati alla risoluzione di controversie amministrative¹⁰; da un punto di vista strettamente *processuale*, con l'introduzione di un nuovo rito per giudicare tali dispute¹¹; da un punto di vista *sostanziale*, con la creazione e l'individuazione di principi di diritto pubblico. L'emersione così tardiva della distinzione ha portato parte della dottrina a vederci addirittura un trapianto giuridico¹².

Essa, allora, è certamente estranea a questo ordinamento, ma solo se la si voglia usare come un approccio categorico perché, in verità, possono rinvenirsi molti indizi disseminati qua e là nella storia giuridica inglese. Ad esempio, come si legge in *O'Reilly v. Mackman*¹³, i *prerogative remedies* possono essere considerati come dei precursori del rito di *judicial review*. Per secoli, dunque, questi rimedi sono stati concessi dalla *King's Bench* e non da giudici specializzati in materia di diritto amministrativo, né la distinzione tra *prerogative* e *ordinary remedies* ha per ciò solo comportato una distinzione tra corti.

Similmente, anche nel diritto sostanziale, può notarsi¹⁴ come la distinzione pubblico/privato, pur presente, non comporti una rigida divisione sistematica, anzi. Esempio il caso della responsabilità per fatto illecito fondata sul *writ of trespass* che richiedeva al danneggiato di allegare che il fatto dannoso fosse stato commesso *contra pacem regis*; per altro

¹⁰ Al vertice si trova la *Administrative Court* che comunque non corona una giurisdizione speciale e separata da quella ordinaria di *common law* (sul modello dei tribunali amministrativi di molti ordinamenti del Continente), bensì non è altro che una sezione della *Queen's Bench* (che a sua volta è una *division* della *High Court*). Perfettamente integrata, dunque, nel modello monistico proprio dell'ordinamento giudiziario inglese.

¹¹ È la c.d. (*application for*) *judicial review* che consente di chiedere una revisione, a chiunque abbia un interesse "sufficiente" a farne dichiarare l'illegittimità, di una decisione presa da un organo giudiziario di grado inferiore, da una pubblica amministrazione, da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni o da qualunque altra pubblica autorità.

¹² È questa la tesi propugnata da J.W.F. ALLISON, *A Continental Distinction in the Common Law*, Oxford University Press, 2000.

¹³ *O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 AC 237. Interpretando l'Order 53 delle *Rules of the Supreme Court*, la *House of Lords* stabilisce che un'azione volta ad ottenere la revisione della legittimità di un atto, decisione, condotta (attiva o omissiva) relativi ad una pubblica funzione sia ammissibile solo in sede di *judicial review*; un'azione ordinaria con questo *petitum*, dunque, dovrebbe essere rigettata in quanto costituirebbe un "abuso del processo". Il precetto appena espresso subisce due importanti eccezioni: quando sia in gioco un diritto soggettivo dell'attore oppure quando vi sia il consenso di controparte al rito, per così dire, ordinario. Dal momento che il ricorso alla tutela giurisdizionale amministrativa è soggetto non solo a brevi termini di decadenza (generalmente tre mesi da quando è sorto l'interesse), ma anche all'ottenimento della c.d. *permission* (una sorta di valutazione sul *fumus boni iuris* in cui viene soppesato l'interesse individuale con quello generale, rigettando così le richieste manifestamente infondate), l'azione ordinaria costituiva la scappatoia ideale mancando queste due condizioni. La decisione di *O'Reilly* nasce dunque dall'esigenza di limitare queste elusioni ai danni del sistema giudiziario individuando il c.d. *Exclusivity Principle*. Cfr. D. FELDMAN (ed.), *English Public Law*, Oxford University Press, 2004, p. 877 e 898.

¹⁴ Cfr. J.W.F. ALLISON, *op. cit.*, p. 5.



verso, quando nel 1947 è stata introdotta la responsabilità *in tort* della Corona, essa fu assimilata a quella di una persona fisica maggiorenne e capace¹⁵. Cosicché, appare certamente fondata l'opinione secondo cui il sistema di responsabilità civile inglese debba considerarsi un'estensione del regime pubblicistico in ambito privatistico, ma anche la posizione opposta trova solide argomentazioni a sostegno.

A livello dottrinale, se il *civil lawyer* non può che cominciare la propria riflessione dal celebre passo di Ulpiano¹⁶, non è così in Inghilterra dove la tradizione romanistica ha svolto un ruolo ben diverso¹⁷. Infatti, anche quando nello studio del *common law* viene tentato un approccio sistematico, le categorie ordinanti utilizzate non sono quelle astratte ulpianee, bensì le più concrete suddivisioni di Gaio¹⁸ e, particolare molto interessante, le *public relations* (tra governo e cittadini) vengono esaminate come parte del diritto delle persone.

La classificazione del “diritto pubblico” nel diritto delle persone, in effetti, viene poi accettata anche da Austin¹⁹ il quale, invece, rifiuta la distinzione tra *public* e *private wrongs* ritenendo comunque sempre presente un interesse pubblico e preferendo allora una distinzione fondata sulla legittimazione ad agire per la tutela del bene giuridico violato²⁰.

¹⁵ Cfr. Crown Proceedings Act 1947, section 2(1): “(...) as if it [the Crown] were a private person of full age and capacity”. Cfr. anche D. FELDMAN, *op. cit.*, p. 365.

¹⁶ ULPIANO, Digesto, 1.1.1.: “*publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*”.

¹⁷ E quando influenza c'è stata, essa è stata fraintesa, come nel caso di Bracton – riportato da F.W. MAITLAND (*ed.*), *Select Passages from the Works of Bracton and Azo* (8 Selden Society, 1985) pp. 27-33 – che sostiene l'esistenza di infinite distinzioni del diritto perché infinite sono le persone e le cose, basando questo suo convincimento su un passo di Azzone, ma non cogliendone la *reductio ad absurdum* ivi contenuta: “*hac enim ratione infinitae essent species iuris, quia infiniti sunt homines et infinitae sunt res. Nam et sic diceretur ius aliud equinum, aliud asininum, aliud vineae, aliud agri, aliud Petri aliud Iohannis*”; infatti, poco più avanti il glossatore bolognese continua riprendendo proprio Ulpiano: “*Est autem ius publicum quod ad statum rei Romanae pertinet (...). Ius autem privatum est, quod ad singulorum pertinet utilitatem*”.

¹⁸ I quattro tomi dell'opera principale di W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, University of Chicago Press, 1979, infatti, sono dedicati a *Persons*, *Things*, *Private Wrongs* e *Public Wrongs*, ampliando così l'originaria tripartizione gaiana in *Personae*, *Res*, *Actiones*. Questa maggior aderenza alla realtà è notata anche da F. POLLOCK, *Divisions of Law* (1894) 8 *Harvard Law Review* 197: “*It seems to be closely related to the practical questions which arise or may arise when a man feels aggrieved and thinks of seeking redress. Persons between whom there is a dispute; a thing which is the subject of a dispute; some form of action for resolving the dispute by process of law (...)*”.

¹⁹ J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, Londra, 1885, p. 750.

²⁰ Così, si tratterà di *private law* se legittimato ad agire è il privato cittadino, mentre si tratterà di *public law* se il diritto di azione spetta ad una pubblica autorità (perlopiù in funzione di “accusa”: cfr. sempre ID., *op. cit.*, p. 752).

Si scorge qui la disinvoltura con cui il giurista anglosassone passa dalla distinzione diritto privato/diritto pubblico a quella diritto civile/diritto penale: la *forma mentis* continentale, saldamente radicata nelle categorie e sottocategorie di cui si compone l'ordinamento giuri-



Invero, anche quando la dottrina inglese sembra riprendere confidenza con la “tradizionale” dicotomia pubblico/privato, al tempo stesso o ne esclude la rilevanza²¹ o il rigore scientifico oppure la considera addirittura incompatibile con il regolare funzionamento di uno stato di diritto.

Così, se la distinzione viene data per generalmente accettata e fondata, alternativamente, sulla predominanza di un interesse pubblico o privato²² ovvero sulla presenza o meno dello Stato nell'atto o nel procedimento in esame²³, non per questo si ritiene di doverne trarre ulteriori conseguenze a livello sistematico. Anzi.

Da un lato, infatti, viene rilevato come l'interesse dietro la norma non sia mai puramente pubblico o puramente privato ed è per questo motivo che i loro campi di applicazione, nella maggior parte dei casi, si sovrappongono²⁴. Dall'altro lato, anche quando un diritto faccia capo allo Stato, che in questo senso possa considerarsi proprietario, debitore o creditore *etc.*, esso può certamente utilizzare le regole del diritto privato, anche se per fini pubblici, e diventare, per l'occasione, un privato cittadino²⁵. Sullo sfondo, dunque, rimane sempre il rischio che, ragionando altrimenti, lo Stato possa essere considerato al di sopra della legge e che i diritti e doveri ad esso attribuiti non siano della stessa natura di quelli riconosciuti in capo agli individui.

Il rigore scientifico della distinzione è poi messo in discussione da chi, pur considerandola “*the most fundamental division of the corpus juris*”²⁶, non la ritiene (assieme ad ogni altra possibile classificazione) idonea ad essere adottata come misura di un ordinamento giuridi-

dico, non permette di fare altrettanto. Peraltro, questo criterio distintivo basato sulla legittimazione ad agire lo si ritrova anche in tempi più recenti in R. BARNETT, *Four Senses of the Public Law-Private Law Distinction* (1986) 9 *Harvard Journal of Law and Public Policy*, p. 267.

²¹ Così F. POLLOCK, *op. cit.*, p. 187 ss., in generale: “it is not possible to make any clear-cut division of the subject-matter of legal rules. (...) The divisions of law (...) are in truth divisions (...) of the legal aspects of facts. (...) Thus rules of law can no more give us a classification of human acts or affairs than the rules of arithmetic can give us a classification of numerable things”.

²² Con ciò intendendosi, quasi apoditticamente, da una parte gli “*interests of the commonwealth*” e dall'altra “*those of its individual members*”: cfr. sempre ID., *op. cit.*, p. 193.

²³ In questo modo: “*Only dealings between subject and subject (...) form the province of private law*”: ID., *op. cit.*, p. 194.

²⁴ ID., *ibidem*.

²⁵ ID., *op. cit.*, p. 195: “*Now the rights attaching to the State in this respect [i.e. il diritto di proprietà] (...) need not differ from those of any private owner (...). They can be and are dealt with by the ordinary courts in the same way as the rights of any citizen, and according to the ordinary rules of the law of property*”. È questo, in sintesi estrema ma efficace, il pensiero dominante nella cultura giuridica inglese dalla nascita del sistema di *common law*; un principio scalfito solo in tempi recenti da *O'Reilly v. Mackman*: v. *supra*.

²⁶ Cfr. J.W. SALMOND, *Jurisprudence*, Londra, 4th ed., 1913, p. 482, dove il riferimento al *corpus iuris* non è evidentemente da intendersi all'opera giustiniana, bensì all'ordinamento giuridico nel suo complesso.



co. Tali suddivisioni, infatti, risultano significative solo in quanto consentano una più lucida illustrazione della materia.

Esclusivamente a tal fine²⁷, dunque, può individuarsi un diritto pubblico, in via esplicita, e un diritto privato, in via residuale²⁸. Questa maggior “tolleranza del caos”²⁹ tipica del *common lawyer* può, forse, imputarsi alle nefaste conseguenze che si produssero durante il rigido sistema dei *writs* in cui le rigorose formule impedirono, per molto tempo, lo sviluppo dell’ordinamento almeno fino ad una loro interpretazione estensiva, prima, e al ricorso alla giurisdizione di *equity* e allo strumento legislativo, poi.

Addirittura di una inconciliabilità della distinzione con la natura stessa dello Stato di diritto, parla Dicey³⁰ che all’identificazione del concetto di “*rule of law*”³¹ con quello di uguaglianza di tutti di fronte alla legge ordinaria, fa conseguire come corollario imprescindibile l’impossibilità anche solo di concepire l’esistenza di un *corpus* normativo diverso da quello cui devono obbedire gli altri consociati e applicabile qualora sorgano interessi particolari dello Stato. L’idea che questo genere di controversie possa essere sottratto alla giurisdizione dei tribunali ordinari è “*fundamentally inconsistent*”³² con la tradizione giuridica inglese.

Questo modo, per certi versi estraneo, di intendere il diritto (privato, ma non solo) è dovuto certamente alle ragioni sin qui esposte, ma a ciò deve aggiungersi anche una visione profondamente diversa dell’altro termine del binomio che stiamo considerando, ossia lo Stato.

In Inghilterra, così come nel resto del Regno Unito d’altra parte, il concetto di Stato non è un molto usato per ragioni storiche. Infatti, se nel Continente e in Francia in particolare, il passaggio dal sistema feudale allo Stato inteso in senso moderno fu lento e graduale, lo stesso non può dirsi per l’Inghilterra.

Invero, il trapasso del sistema feudale, almeno a livello politico, avvenne attraverso accesi conflitti (su tutti, la rivolta dei baroni del 1215 - che terminò con la “concessione” della *Magna Charta* - e la Gloriosa Rivoluzione degli anni 1688-1689 - che culminò con il *Bill*

²⁷ Infatti, “[i]n the classification of legal principles the requirements of practical convenience must prevail over those of abstract theory”: ID., *op. cit.*, p. 482.

²⁸ ID., *op. cit.*, 484: “Public law comprises the rules which specially relate to the structure, powers, rights, and activities of the State. Private law includes all the residue of legal principles”. L’autore, alla pagina seguente, riconosce comunque che il primo presuppone una conoscenza del secondo.

²⁹ ID., *op. cit.*, p. 482.

³⁰ Cfr. A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis, 1982.

³¹ In particolare, con “rule of law” può intendersi: i) “the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power”; ii) “equality before the law, or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary Law Courts”; iii) una formula per descrivere il fatto che in Inghilterra “the law of the constitution (...) [is] not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the Courts (...); thus the constitution is the result of the ordinary law of the land”. Cfr. ID., *op. cit.*, p. 153.

Sul perché nel Continente si parli di “Stato di diritto”, mentre nei Paesi di *common law* si preferisca fare uso del concetto di “rule of law”, v. *infra*.

³² ID., *ibidem*.



of Rights) che ebbero come risultato la distruzione della burocrazia reale: la sovranità era ora riconosciuta in capo al *Parliament* e la *rule of law* era assicurata dalle corti giudiziarie³³.

Al posto dello Stato, dunque, in Inghilterra troviamo altri termini come, ad esempio, la Corona. Essa rappresenta da sempre il simbolo dell'ufficio del Re, ulteriore rispetto al suo territorio o al suo corpo; ma dopo poco cominciò ad indicare anche tutto quel corpo politico sviluppatosi attorno alla persona del Re, con compiti di consigliarlo nelle sue decisioni³⁴.

In ogni caso con il termine “Corona” non ci si riferisce ad un apparato di governo, bensì a molteplici soggetti³⁵: il Re, il Re in quanto capo del consiglio reale, il consiglio reale, i diritti inalienabili di cui questi soggetti godevano³⁶. Come si vede, i contorni della questione appaiono frastagliati quando non del tutto incerti: alla maggiore “tolleranza del caos” di cui si è già dato conto, può aggiungersi, in questo caso, anche quell'aura mistica che richiederebbe deferenza e non certo impertinenti tentativi di sistematizzazione.

A complicare ulteriormente il quadro così delineato non può sfuggire lo *smottamento* di potere dal versante del Re a quello del Parlamento che però, per ovvi motivi, non poteva godere delle medesime prerogative. Ai primi del '900, il Re ormai “è nudo” e allo stesso modo la Corona non è altro che un utile “velo di Maya” che consente di non rispondere ad interrogativi complessi poiché “in Inghilterra, quella astrazione che chiamiamo Stato, almeno in teoria, non sembra neppure esistere”³⁷.

³³ Sembrerebbe di avviso contrario J.H. MERRYMAN, *La tradizione di civil law*, cit., p. 36, che afferma “la natura meno violenta e più graduale della rivoluzione inglese”, di modo che “in Inghilterra molte istituzioni feudali [la Chiesa; il *common law*] furono formalmente mantenute e trasformate solo nella sostanza”. Ma bisogna forse intendersi sul concetto di “rivoluzione”: la storia inglese è proceduta, per così dire, “a tappe”, ma ognuna di queste ha comportato notevoli cambiamenti nel sistema (ed in questo senso può dirsi allora più graduale); mentre in Francia l'unico grande “strappo” è stato dato dalla Rivoluzione del 1789 che in un colpo solo ha fatto *tabula rasa* dell'antico regime. Tuttavia, grazie ad una relativa assenza di eventi traumatici – almeno fino a quel momento – si era ormai affermato quell'apparato burocratico chiamato “pubblica amministrazione” che, peraltro, riuscirà a sopravvivere alla Rivoluzione stessa).

³⁴ È questo un esempio di applicazione giuspubblicistica di un principio privatistico: *quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*. Principio tuttora vigente anche nel nostro ordinamento ex art. 1108, comma 3°, cod. civ. che impone il consenso di tutti i partecipanti alla comunione “per gli atti di alienazione, costituzione di diritti reali oppure locazione per durata superiore a 9 anni” della cosa comune.

³⁵ J.W.F. ALLISON, *op. cit.*, p. 75.

³⁶ È, in ultima analisi, un concetto astratto ancora connesso ad una concezione feudale della società. Sotto la Corona trovano posto il monarca e i suoi feudatari, il Re e il regno, uniti contro le ingerenze papali: cfr. W. ULLMANN, *A History of Political Thought: The Middle Ages*, Londra, 1965, in part. p. 153.

³⁷ F.W. MAITLAND, *The Constitutional History of England: A Course of Lectures*, Cambridge, 1908, p. 418.



Uno dei principali architravi del sistema costituzionale inglese, dunque, è rappresentato da una “entità dotata di solenne capacità di persuasione senza potere esecutivo”³⁸. La Corona, in verità, sembra svolgere la funzione di tenere insieme i fili invisibili che collegano i suoi funzionari (ciascuno responsabile per i propri atti) in quel viluppo che ben può descrivere il profilo esecutivo dello stato inglese³⁹.

Proprio il concetto di funzionario è l’altro termine che di solito si trova nel pensiero politico-giuridico inglese⁴⁰. Il riferimento alla c.d. *public person* sta ad indicare che l’apparato governativo non è Stato, bensì *rule of men*. Infatti, l’embrione di diritto pubblico che si stava creando era catalogato nel diritto delle persone⁴¹.

Non mancano le voci critiche a questa impostazione le quali tuttavia pur utilizzando il termine Stato si riferiscono ad esso comunque come ad una persona (giuridica) con diritti e doveri equiparabili a quelli di un individuo⁴². Ma d’altra parte, è estremamente significativo che nella definizione più completa del principio fondante il costituzionalismo inglese⁴³, si riesca ad evitare di menzionare la parola “stato” o anche solo di evocarne il concetto.

Al suo posto si trovano invece termini come “*Crown, officials, political superiors, officers of the Crown, and public or political persons*”⁴⁴ perché “*‘State’ is not an easy word*”⁴⁵, ma soprattutto perché “non si può fare causa allo Stato, perché non c’è uno Stato a cui fare causa. Non c’è nulla di più che una Corona che nasconde le sue imperfezioni sotto un mantello di presunta infallibilità. La Corona è irresponsabile, salvo quando, di grazia, allenta un atteggiamento così rigido”⁴⁶.

L’unico riferimento concettuale rimane allora la *persona* e non deve stupire che i giudici inglesi attribuiscono con disinvoltura i suoi tratti tipici anche agli enti che costituiscono la pubblica amministrazione: “*in an adversarial system such as exists in the United Kingdom, a party is free to withhold information that would help his case if he wishes -perhaps for reasons of delicacy or personal privacy*”⁴⁷.

L’esigenza di un *corpus* normativo distinto, da applicare quando in gioco vi siano interessi non privati, non è in alcun modo avvertita. Così facendo però, diventa molto più arduo rendersi conto della potenziale minaccia posta, per natura, dal pubblico potere e dai suoi agenti⁴⁸.

³⁸ H.J. LASKI, *The Responsibility of the State in England*, 32 Harvard Law Review, 1919, p. 447.

³⁹ Così E. BARKER, *The Discredited State: Thoughts on Politics Before the War*, Pol. Quat., 1915, p. 101.

⁴⁰ J.W.F. ALLISON, *op. cit.*, p. 78.

⁴¹ R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Londra, 1989, p. 77.

⁴² Così T.E. HOLLAND, *The Elements of Jurisprudence*, 13a ed., Oxford, 1972, p. 387.

⁴³ È la c.d. *rule of law*. cfr. nt. 26. Non così negli ordinamenti di *civil law* in cui tale concetto è racchiuso nell’espressione “stato di diritto” (su cui, *amplius*, § 3).

⁴⁴ Cfr. J.W.F. ALLISON, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁵ Cfr. *Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1964] AC 763.

⁴⁶ Cfr. H.J. LASKI, *The Responsibility of the State in England*, 1919, 32 Harv. LRev, 450.

⁴⁷ Cfr. *Air Canada v. Secretary of State for Trade*, [1983] 2 AC 394.

⁴⁸ Cfr. J.W.F. ALLISON, *op. cit.*, p. 80.



2.1. Questo timore era invece ben presente nella riflessione giuridica dei Padri fondatori degli Stati Uniti che proprio per tale motivo optarono per una forma di stato federale che per di più potesse vantare solo pochi e definiti poteri.

Questa scelta inoltre ha avuto il pregio di impedire al governo federale di instaurare un monopolio normativo sulla *common law* statale: l'idea di una codificazione privatistica fu oggetto di dibattito per un certo periodo, ma non trovò terreno fertile e venne ben presto accantonata. In questo senso, la *common law* rimase un elemento di democraticità del sistema e non venne mai associata ad una nozione di sovranità.

Anzi, proprio la maggiore indipendenza dei giudici di *common law* (una categoria professionale in cui si entra per cooptazione o con una legittimazione popolare) potrebbe aver giocato un ruolo determinante. Infatti, laddove, in Europa e in Francia particolarmente, la corruzione del sistema giudiziario fu una delle cause scatenanti della Rivoluzione⁴⁹, negli Stati Uniti era il governo (inglese) ad essere corrotto.

La scelta quindi di darsi una Costituzione scritta, oltre a voler rimarcare una pesante differenziazione con la Madrepatria, ha come conseguenza quella di incorporare *in essa* i diritti fondamentali dell'individuo; al contrario, in Europa, ciò avviene con l'emanazione dei *codici*⁵⁰. Sin da subito, allora, nella storia degli Stati Uniti, la fonte formale dei diritti fondamentali è una (la) legge di diritto pubblico; mentre il codice rappresenta il cuore del diritto privato che garantisce tali diritti dall'ingerenza indebita dello Stato. La circostanza non è di scarso rilievo se si considera che, anche per questo motivo, la dicotomia pubblico/privato negli USA non ha mai caratterizzato il dibattito sul rapporto tra l'individuo e lo Stato; laddove invece in Europa si assistette ad un rafforzamento di questa bipolarità⁵¹ che contribuì alla creazione del dualismo giurisdizionale tipico di Francia, Germania e Italia⁵².

Laddove, in Europa, il diritto privato rappresenta il cuore dell'ordinamento (mentre tutto il resto è più politico che giuridico)⁵³, negli Stati Uniti, è il diritto pubblico ad essere al centro della riflessione giuridica (mentre il diritto privato non è tanto un *corpus* separato di leggi, quanto una sfera privata in cui lo Stato non interferisce in ossequio a principi costitu-

⁴⁹ Nonché una delle spinte propulsive del processo di codificazione che, nelle parole di Montesquieu, avrebbe reso il giudice niente di più che la “*bouche de la loi*”. Sul ruolo dei giudici nell'*Ancien Regime*, cfr. anche J.H. MERRYMAN, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Milano, 1973, p. 27 ss.; L. GERSHOY, *The French Revolution and Napoleon*, Prentice-Hall, 1964, p. 18 ss.

⁵⁰ Che, si dice, svolgono un ruolo quasi-costituzionale appunto.

⁵¹ Cfr. J.H. MERRYMAN, *The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law*, 17 *Journal of Public Law* 3 (1968), p. 14.

⁵² Un'altra causa è da rinvenire nella già menzionata sfiducia nei confronti del sistema giudiziario dell'*Ancien Regime* da cui la nascente pubblica amministrazione doveva essere difesa.

⁵³ È d'accordo P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari, 2009, p. 171 ss., secondo cui: “nel 1814 il diritto si identifica ancora nel diritto privato; il “pubblico” è una realtà extra-giuridica di cui facevano bene ad occuparsi politologi e sociologi, mentre il giurista doveva soltanto preoccuparsene per le eccessive invadenze del potere politico”.



zionali o addirittura di diritto naturale)⁵⁴. Così, ad esempio, considerando il fascio di relazioni informali tra vicini di casa, il diverso angolo prospettico porterà il giurista europeo a vedervi “diritto senza coazione” (in altre parole, che questi rapporti di vicinato non si fondino su provvedimenti giudiziali o accordi specifici, non vuol dire che non siano disciplinati dal diritto privato); il giurista americano, invece, si troverà di fronte ad un “ordinamento senza legge”⁵⁵.

Nell’area di *civil law*, l’esecuzione del precetto di diritto privato non è, appunto, un elemento necessario del diritto privato che, in tal senso, risulta separato dallo Stato. Al contrario, nell’area di *common law*, termini come *law* e *enforcement*, *rights* e *remedies* formano quasi un’endiadi che sembra innervare il diritto privato con un profilo pubblicistico: la sua esecuzione forzata (o la sua effettività, a ben vedere)⁵⁶.

All’indipendenza dei giudici di *common law* corrisponde poi l’indipendenza di un diritto giurisprudenziale che non ha bisogno di trovare al di fuori di sé una legittimazione della propria validità. Tant’è vero che quando, in seguito alla Dichiarazione di Indipendenza, la volontà del Re non poté più dispiegare alcuna efficacia nelle ormai ex colonie, non si avvertì il bisogno di trovare un altro fondamento “positivo” al nuovo ordinamento giuridico⁵⁷. Ad ogni modo, quando ciò avvenne, e si ricondusse la *common law* all’idea di sovranità⁵⁸, non vi furono particolari risvolti traumatici perché questa nozione non era posta in correlazione con un’entità astratta, bensì con il popolo americano il cui consenso era visto come un re-

⁵⁴ Cfr. R. MICHAELS-N. JANSEN, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, 56 *AmJCompL*, p. 852 ss.

⁵⁵ Cfr. EID, *op. cit.*, p. 853.

⁵⁶ Cfr. EID., *ibidem*. Sul concetto di effettività, v. anche quanto esposto *infra*, § 3.2.

⁵⁷ Affermare che in Inghilterra il potere giudiziario fosse indipendente dal Re potrebbe sembrare contraddittorio, se si pensa che i giudici di *common law* esercitavano la propria funzione in nome del Re che, tra l’altro, partecipava attivamente all’amministrazione della giustizia. Tuttavia, non solo si riteneva che la norma fosse da trovare e non creata dal Re (per la teoria dichiarativa del precedente); non solo le decisioni giudiziarie vincolavano anche il Re (per il principio della *rule of law*); ma lo stesso Re, quando intendeva *superare* la legge, doveva rivolgersi ad un altro *corpus* normativo al di fuori di essa: l’*equity*: così N. JANSEN-R. MICHAELS, *Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations*, 71 *Rabels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht* (2006), 38. Ma cfr. anche R. SACCO, voce «Diritto privato», in *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino 1998, p. 680, secondo cui nel diritto inglese: la pubblica “amministrazione è sottoposta da sempre al controllo giudiziario. Il re e i collaboratori ch’egli si sceglie non potevano modificare il diritto se non in limiti ristretti”.

⁵⁸ N. JANSEN-R. MICHAELS, *op. cit.*, p. 39.



quisito necessario non solo per la legittimità della Costituzione⁵⁹, ma anche per quel diritto giurisprudenziale enunciato dai Giudici in virtù del mandato popolare ricevuto⁶⁰.

In maniera analoga, il principio affermato in *Swift v. Tyson*⁶¹, secondo cui le Corti federali sono libere di formulare un giudizio indipendente su quale sia (o dovrebbe essere) la *common law* dello stato in cui hanno sede, è evidentemente influenzato da una concezione di questa libera da qualsiasi idea di sovrano, sia esso statale o federale⁶². Ci vorrà quasi un secolo per vedere un'inversione di rotta, inizialmente nel *dissent* del Justice Holmes: “*The common law is not a brooding omnipresence in the sky but the articulate voice of some sovereign or quasi-sovereign that can be identified*”⁶³; poi nel vero e proprio *overruling* di *Swift* in cui si stabilì che le Corti federali devono invece applicare la legge statale, con ciò intendendosi sia gli *statutes* che la *case law*⁶⁴. Ma anche in questo caso la decisione non può essere interpretata come un tentativo di dare una legittimazione statale al diritto giurisprudenziale: la sovranità infatti continua ad appartenere al popolo, solo che ora si deve far riferimento al popolo del singolo stato e non a quello dello stato, per così dire, nazionale⁶⁵.

In Europa, siamo ancora affezionati ad una concezione hegeliana dello Stato, un'istituzione collettiva che tutto include (anche la legge) e al di fuori della quale nulla può esistere, neppure la società di cui esso è, appunto, un prerequisito. Al contrario, negli Stati Uniti, per indicare questo soggetto si preferisce parlare di *government* (mentre il Governo è indicato come *administration* o *executive office/branch*), un ente senz'altro distinto dalla società (che potrebbe esistere senza di esso), così come dalla legge (e da essa vincolato alla pari di un privato cittadino). Proprio per questo motivo, il *government* e i suoi membri possono essere citati in giudizio, allo stesso modo e di fronte alla stessa autorità giudiziaria dei privati cittadini⁶⁶.

Questa distinzione non è meramente filologica. Pensiamo ad un'espressione come “Stato di diritto”: anche se “Stato” e “diritto” non sono sinonimi, il diritto ideale, la stessa idea di ordinamento giuridico è correlata strettamente allo Stato. Negli Stati Uniti, invece, questo concetto si manifesta ad un livello molto più concreto nelle nozioni (intraducibili) di *rule of law* e *due process* che rispondono, rispettivamente, a queste due domande: *a*) lo Stato è vincolato dalla legge? *b*) gli individui possono agire per la tutela giurisdizionale dei loro di-

⁵⁹ D'altronde, così recita il preambolo della Costituzione federale: “*We the People (...)*”. In questo senso, pure paradigmatico è il noto *Gettysburg Address* del 19.11.1863 in cui il Presidente Lincoln descrive la forma di stato degli USA come “*a government of the people, by the people, for the people*”.

⁶⁰ Cfr. R. SACCO, *op. cit.*, p. 681: “Finché il diritto privato è consuetudinario non ha bisogno di giustificazione, bastando al fine il consenso di coloro che lo praticano”, nonché più in generale M.J. HOROWITZ, *The Transformation of American Law 1780-1860*, Harvard University Press, 1979.

⁶¹ *Swift v. Tyson*, 41 US 1 (1842).

⁶² N. JANSEN-R. MICHAELS, *op. cit.*, p. 38.

⁶³ Cfr. *Southern Pac. Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 222 (1917) (Holmes, J., dissenting).

⁶⁴ Cfr. *Erie R.R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

⁶⁵ N. JANSEN-R. MICHAELS, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁶ Cfr. R. MICHAELS-N. JANSEN, *op. cit.*, 854, nonché R. SACCO, *op. loc. ult. cit.*



ritti? La prima nozione, infatti, è collegata al *ruler*, ossia al sovrano che governa appunto; mentre la seconda si riferisce inequivocabilmente alla protezione dell'individuo contro ogni forma di potere e non ha nulla a che fare con lo Stato⁶⁷.

In Europa, la società trova il suo compimento nello Stato e così la sfera privata e la sua estensione sono definite dallo Stato e dentro lo Stato. Negli USA lo Stato dipende dalla società ed è in opposizione ad essa: la Rivoluzione americana servì a sbarazzarsi di uno Stato che violava i diritti dei coloni per fondare diversi Stati (nonché l'Unione) che, in virtù di un sistema di *checks and balances*, non fossero in grado di reiterare simili soprusi. In Europa, la validità del diritto privato è connessa allo Stato che garantisce l'autonomia delle parti, ma che protegge altresì dagli effetti collaterali di questa autonomia se le parti non hanno la stessa forza. Negli USA, invece, il diritto privato è quel ramo del diritto che si è sviluppato indipendentemente dallo Stato, anzi al di fuori di esso, nelle aule giudiziarie e nella società; perciò lo Stato è visto come una potenziale minaccia a questa autonomia se va oltre il suo ruolo di tutore della legge⁶⁸.

L'assenza di questa connessione tra diritto privato e Stato favorisce poi una spinta centrifuga che allarga gli orizzonti dell'autonomia privata portandola a creare norme la cui effettività non sarà garantita dalle istituzioni statali, bensì dalla medesima comunità che aveva raggiunto un accordo in tal senso⁶⁹. L'assenza di strutture centralizzate⁷⁰ permette allora di scoprire l'altra faccia del *diritto privato*, caratterizzata da una spontaneità che disgrega e che, per converso, non ha aspirazioni sistematiche né di coerenza interna⁷¹.

3. La dicotomia tra diritto privato e diritto pubblico, ben nota ai giuristi romani, non sopravvive alla caduta dell'impero. O meglio, entra in uno stato di quiescenza dal quale riemergerà solo alcuni secoli dopo. In effetti, durante l'età del feudalesimo, essa non trova senz'altro un terreno fertile atteso che le relazioni tra i vari signori locali erano esclusivamente di natura personale, reciproche e su base (in senso lato) volontaria⁷². Così il vassallo

⁶⁷ Cfr. EID., *ibidem*.

⁶⁸ Cfr. EID., *op. cit.*, p. 856.

⁶⁹ È il concetto di “*private ordering*” (cui spesso, nel pensiero giuridico anglosassone, si fa corrispondere anche la nozione di “*private law*”) che forse, più che una evoluzione, segna un ritorno al passato come ai tempi della *lex mercatoria*. Cfr. S.L. SCHWARCZ, *Private Ordering*, in *Northwestern University Law Review*, 97, 2002, p. 319 ss. La norma privatistica si afferma quindi indipendentemente da qualsivoglia positivismo e in virtù della sua forza intrinseca che trova generalmente fondamento nella sua razionalità.

⁷⁰ Singolare che il termine “Stato” acquisti significato in ambito internazionale, ovvero nel campo delle relazioni *esterne* che il governo federale intrattiene con i suoi *pares* mediante, appunto, il *Secretary of State*.

⁷¹ La faccia che invece mostra tradizionalmente nell'Europa continentale. Sull'ambivalenza del diritto privato nella tradizione giuridica occidentale, cfr. D. CARUSO, *Private Law and State-making in the Age of Globalization*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 39:1, 2006, p. 1 ss.

⁷² Per R. SACCO, *op. loc. ult. cit.*, “Il feudalesimo mette a dura prova la dicotomia diritto pubblico/diritto privato. Le promesse scambiate fra il sovrano e il vassallo smembravano il po-



poteva certamente essere soggetto anche a diverse autorità, ma non in base ad una norma giuspubblicistica, bensì in virtù di diversi obblighi (legali o consuetudinari) derivanti da prerogative reali oppure di diritto canonico o curtense⁷³. In ogni caso, in assenza di un vero e proprio stato, la distinzione cade in disuso.

Dopo la Guerra dei Cent'anni, le diverse autorità feudali della Francia confluirono in una amministrazione centralizzata che aveva il suo fulcro nella persona del Re⁷⁴.

La principale funzione amministrativa era così svolta non più dal feudatario, ma dagli *officiers* prima e dai *commissaires* poi⁷⁵. La *commission*, concessa dal Re e sempre revocabile, divenne ben presto un formidabile istituto per gestione quotidiana della *res publica*. Nella seconda metà del 1500 i commissari erano ormai chiamati *Secrétaires d'Etat*, con compiti di redigere e far rispettare gli ordini del Re, quando non i propri⁷⁶. La struttura periferica del potere poteva contare sugli *Intendants*⁷⁷, a capo di ogni Provincia, il cui incarico dipendeva direttamente dai *Secrétaires* ai quali dunque essi mostravano incrollabile fedeltà⁷⁸.

Pur continuando a coesistere con diverse altre autorità (si pensi ai *Parlements* locali e alle commissioni giudiziarie)⁷⁹, la centralizzazione amministrativa così raggiunta portò ad una rilevante evoluzione concettuale: il concetto di Stato non era più identificabile *tout-court* con la persona del Re, ma neppure con una particolare forma di governo né con l'idea di sovranità (anche popolare)⁸⁰.

Tuttavia, questo Stato-apparato⁸¹ *in nuce* non riconosceva al suo interno distinzioni di funzione: *gubernatio* e *jurisdictio* erano ancora confuse⁸², anche perché quello che diventerà il tradizionale principio di separazione dei poteri non era ancora stato formulato per la prima volta⁸³ e, anzi, bisognerà attendere la Rivoluzione⁸⁴ per una sua prima concreta applicazione.

tere politico centrale e creavano diritti e poteri, patrimoniali e politici ad un tempo, a favore di individui decisi a servirsene per il proprio interesse. «Feudo e potere giudiziario sono una cosa sola» si diceva in Francia⁷³.

⁷³ Cfr. A.E. TAY-E. KAMENKA, *Public Law-Private Law*, in S.I. BENN-G.F. GAUS (eds.), *Public and Private in Social Life*, Londra 1983, p. 69.

⁷⁴ Cfr. J.F.W. ALLISON, *op. cit.*, p. 44.

⁷⁵ Cfr. E. LE ROY LADURIE, *The Royal French State 1460-1610*, Oxford, 1994, p. 22.

⁷⁶ Cfr. anche J. BRISSAUD, *A History of French Public Law*, New York, 1969, p. 395 ss.

⁷⁷ Con funzioni in ambito fiscale, militare, di opere pubbliche, di amministrazione della giustizia *etc.*

⁷⁸ E, di riflesso, al nucleo originario di quella che sarebbe diventata l'amministrazione centralizzata dello Stato francese: cfr. ID., *op. cit.*, p. 411 s.

⁷⁹ Su cui cfr. ID., *op. cit.*, p. 427 ss.

⁸⁰ Nella teorica di J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, Torino, 1988, lo Stato in sé è un apparato di governo distinto dai suoi cittadini, dai suoi governanti e da qualsivoglia forma specifica di governo.

⁸¹ J. BRISSAUD, *op. cit.*, 378 ss.

⁸² Cfr. H.E. LOYD, *The State, France and the Sixteenth Century*, Londra, 1983, p. 52.

⁸³ È del 1748 la prima edizione de *Lo spirito delle leggi* di Montesquieu, la cui teoria di separazione di poteri, però, sarebbe stata applicata rigorosamente solo negli Stati Uniti.



Nel pensiero giuridico di Montesquieu, pur notoriamente influenzato dal costituzionalismo inglese, l'ordinamento francese è comunque analizzato con il giusto distacco, rendendosi cioè conto che “il potere corrompe, il potere assoluto corrompe assolutamente”. In altre parole, l'assolutismo monarchico dei Borboni costringe non solo a definire in maniera chiara e netta le tre distinte funzioni pubbliche (perché solo il potere può limitare il potere); ma anche ad individuare una, pur evanescente, categoria di poteri intermedi⁸⁵ in grado di fare da ulteriore *contrappeso* alla volontà del Sovrano⁸⁶.

Tali rischi sono forse ancor più presenti nel pensiero di Rousseau e di conseguenza il concetto di *governo* viene più nitidamente spiegato come un “nuovo corpo all'interno dello Stato, distinto dal popolo e dal Sovrano, e posto nel mezzo”⁸⁷, con il compito di dare attuazione alla volontà generale. Tuttavia, la *confusione* concettuale tra “volontà generale”, per definizione infallibile perché prende in considerazione solo l'interesse comune, e “volontà di tutti”, che consiste nella mera somma di volontà particolari⁸⁸, porta ben presto a considerare l'assemblea legislativa (in quanto rappresentativa del popolo) come depositaria della volontà generale e la legge come un precetto infallibile. Il rischio, pur preconizzato, di un potere senza contrappesi, è allora minimizzato, ma esclusivamente a livello intellettuale, in quanto il governo è visto soltanto come mero esecutore di una volontà che non può sbagliare. La premessa su cui si fonda questo ragionamento è, come detto, errata, ma è sufficiente per non rendere palese l'esigenza di un corpo normativo idoneo a delimitare il pubblico potere⁸⁹.

⁸⁴ Si può rilevare qui che se la *Glorious Revolution* del 1688 rappresentò una reazione *preventiva* all'instaurazione di uno Stato patrimoniale, la Rivoluzione francese, un secolo dopo, costituì invece il rovesciamento di esso. Le conseguenze furono opposte: rappresentatività e decentralizzazione in Inghilterra, burocrazia e centralizzazione in Francia: cfr. K.H.F. DYSON, *The State Tradition in Western Europe*, Oxford, 1980, in part. p. 63.

⁸⁵ “I poteri intermedi, subordinati e dipendenti, costituiscono la natura del governo monarchico, cioè di quello in cui uno solo governa per mezzo di leggi fondamentali. Ho detto i poteri intermedi, subordinati e dipendenti: in effetti, nella monarchia, il principe è la fonte di ogni potere politico e civile. Queste leggi fondamentali presuppongono necessariamente dei canali medianti per i quali scorre il potere: poiché, se non vi fosse nello Stato che la volontà momentanea e capricciosa di uno solo, nulla potrebbe essere fisso, e per conseguenza non vi sarebbe nessuna legge fondamentale”: cfr. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, II, cap. 4.

⁸⁶ La mente non può fare a meno di andare alle c.d. comunità intermedie ossia alle formazioni sociali entro cui, *ex art. 2 Cost.*, si svolge la personalità dell'individuo che dunque trova tutela non soltanto nell'ambito dell'ordinamento statale. Trattasi di comunità costituite da un vincolo familiare, religioso, politico, solidaristico, economico, a cui è riconosciuta tutela costituzionale, per estendere all'interno di esse la protezione della personalità dell'individuo, anche in chiara reazione allo stato fascista in cui tutto doveva risolversi.

⁸⁷ Cfr. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, III, cap. 1.

⁸⁸ Incapaci, quindi, di perseguire il bene comune.

⁸⁹ Cfr. J.F.W. ALLISON, *op. cit.*, p. 52. Ma v. anche la *loi* 16-24.8.1790, tit. 2, art. 13, in materia di organizzazione giudiziaria, che formula il principio della sottrazione del contenzioso



In seguito agli eventi della Rivoluzione⁹⁰ e all'instaurazione del regime napoleonico, era ormai chiaro che la supremazia della volontà generale aveva prodotto soltanto altre forme di despotismo. L'accento posto sull'uguaglianza a scapito delle istanze di libertà nonché la scomparsa di quei corpi intermedi (tipici dell'*Ancien Regime*, ma in grado di limitare l'assolutismo monarchico) avevano permesso a Napoleone di ricostituire una versione riveduta e corretta della precedente amministrazione reale⁹¹.

In questo contesto, si comincia allora a sottolineare l'importanza dei diritti individuali, la necessità di una sorveglianza costante dei rappresentanti eletti e l'istituzione di mezzi legali, ordinari e straordinari, per il controllo dell'operato dei ministri e, più in generale, della pubblica amministrazione⁹².

Ed è esattamente ciò che avviene nella seconda metà del XIX secolo con l'istituzione⁹³ del *Tribunal des Conflits*⁹⁴ e la riassegnazione della c.d. giustizia delegata⁹⁵ al Consiglio di Stato che ben presto abbandona la dottrina del *movente politico*⁹⁶ di cui si era avvalso nelle sue decisioni precedenti⁹⁷ per sostenere la sua incompetenza a pronunciarsi su taluni atti dell'amministrazione.

amministrativo alla giurisdizione dei tribunali ordinari: "Le funzioni giudiziarie sono distinte e devono rimanere sempre separate dalle funzioni amministrative. I giudici non potranno, a pena di prevaricazione, turbare, in qualunque modo, le attività degli organi amministrativi, né convenire in giudizio davanti a loro gli amministratori per motivi concernenti le loro funzioni". Non esiste ancora quindi un sistema di giustizia amministrativa: soltanto l'amministrazione può, anzi deve, giudicare se stessa.

⁹⁰ Tra cui, per quello che qui interessa, l'istituzione del *Consiglio di Stato* ad opera della costituzione del 22 frimaio dell'anno VIII (13.12.1799): "Sotto la direzione dei consoli, un *Conseil d'État* è incaricato di redigere i progetti di legge e i regolamenti della pubblica amministrazione e di risolvere le vertenze che sorgono in materia amministrativa" (art. 52).

⁹¹ Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America, Introduzione*. Sembra peraltro che questa centralizzazione amministrativa affondi le sue radici nell'alleanza tra la Corona e la borghesia contro la nobiltà feudale. Viceversa, in Inghilterra l'alleanza fu tra la nobiltà e la borghesia contro la Corona, con il risultato di una centralizzazione legislativa a Westminster: cfr. L. SIEDENTOP, *Two liberal traditions*, in A. RYAN (ed.), *The Idea of Freedom: Essays in Honour of Isaiah Berlin*, Oxford, 1979, p. 163.

⁹² B. CONSTANT, *La libertà degli Antichi paragonata a quella dei Moderni*, Torino, 2001.

⁹³ Cfr. *loi* 24.5.1872.

⁹⁴ Con la funzione di dirimere i «*conflits d'attribution entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire*» e composto pariteticamente da «*membres du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*» (art. 1 *loi* 24.5.1872).

⁹⁵ Con questa espressione, in tale contesto, si intende il *contenzioso amministrativo* che rimaneva di competenza dei singoli organi della pubblica amministrazione. La riassegnazione della delega al Consiglio di Stato crea un sistema di *giustizia amministrativa* in cui l'amministrazione non giudica più se stessa.

⁹⁶ CONSEIL D'ÉTAT, 19.2.1875, *Prince Napoléon* (Racc. 155).

⁹⁷ CONSEIL D'ÉTAT, 1.5.1822, *Laffitte*; e CONSEIL D'ÉTAT, 9.5.1867, *Duc d'Aumale*.



Solo un paio di anni prima⁹⁸, inoltre, il *Tribunal* aveva affermato che il giudice competente per le controversie in materia di *service public* non era il giudice ordinario, bensì il giudice amministrativo. Esiste allora un *diritto* che regola i rapporti fra i privati, ed un *diritto speciale* che regola i rapporti fra i privati e lo Stato. Le regole di questo *corpus* normativo contemperano gli interessi della pubblica amministrazione con i diritti soggettivi dei privati cittadini: è nato ufficialmente il diritto amministrativo e il criterio della *funzione pubblica* serve ora da *discrimen* tra le due metà dell'ordinamento.

Con la fine del secolo lungo, si assiste anche al trapasso dello Stato liberale di diritto e il sorgere del *Welfare State*. Il ruolo dello Stato diventa senz'altro più attivo e la sua ragion d'essere comincia ad essere individuata nel *pubblico servizio*⁹⁹ che arriva addirittura a sostituire il concetto di sovranità¹⁰⁰. Ma questi nuovi compiti richiedono una struttura più sofisticata e capillare, con ciò riproponendosi il dilemma di come limitare tale potere.

Questa apparentemente insanabile aporia viene risolta con la creazione di una serie di istituzioni ibride pubblico/private, delle agenzie periferiche dell'amministrazione centrale che, seppur con vari gradi di autonomia, vi rientrano comunque a pieno titolo¹⁰¹. La dicotomia rinvenuta pochi decenni prima nell'*arrêt Blanco* già comincia a farsi più sfumata e così il diritto pubblico trova una sua funzione solo in via sanzionatoria di ciò che il pubblico ufficiale dovrebbe fare ma non fa e di ciò che fa ma non dovrebbe fare¹⁰².

Nonostante la distinzione in parola appaia sempre meno netta, la *forma mentis* del giurista francese continua ad accettarla: da una parte, in effetti, il dualismo giurisdizionale non consente di deporre con facilità concetti che seguitano ad avere un'utilità quantomeno funzionale; dall'altra, rimane viva la concezione di uno Stato fortemente centralizzato, potenzialmente irresponsabile, che deve essere limitato in questo suo potere¹⁰³ e ciò a garanzia delle libertà individuali.

⁹⁸ TRIBUNAL DES CONFLITS, 8.2.1873, *Blanco*: «Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier;

Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés;

Que, dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître (...).»

⁹⁹ Cfr. E. DURKHEIM, *Politics and the State*, A. GIDDENS (ed.), W.D. HALLS (tr.), Stanford, 1986, xlv 41 ss.

¹⁰⁰ Cfr. L. DUGUIT, *Law in the Modern State*, F. LASKI-H. LASKI (tr.), New York, 1970, xlv.

¹⁰¹ Cfr. J.W.F. ALLISON, *op. cit.*, p. 64.

¹⁰² Cfr. L. DUGUIT, *op. cit.*, p. 26. Peraltro, La nozione di *service public* non trova requie nella giurisprudenza amministrativa che la estende anche a settori tradizionalmente privatistici come associazioni professionali (CONSEIL D'ÉTAT, 2.4.1943, *Bouguen*) o enti sportivi (TRIBUNAL DES CONFLITS, 77.1980, *Peschaud v. Groupement du Football Professionnel*).

¹⁰³ Così il sintagma *puissance publique* (o *puissance étatique*) trova una corrispondenza nel tedesco *Staatsgewalt*, ma non nell'inglese *public power* che rimane un'espressione molto vaga.



3.1. L'individuo è al centro della riflessione politico-giuridica anche nell'area germanica, ma gli esiti di questo pensiero divergeranno non poco da quelli francesi.

Se infatti l'Illuminismo francese rappresentò, tra l'altro, una reazione all'oscurantismo della religione in generale e del Cattolicesimo in particolare, in Germania si cercò invece di conciliare il pietismo protestante con la ricerca della razionalità¹⁰⁴. Questa tensione tra ragione e religione si tradusse, in un paradosso solo apparente, nel Romanticismo tedesco secondo cui l'individuo poteva trovare la sua realizzazione soltanto attraverso la ricerca interiore della propria verità personale¹⁰⁵. Questa *ritirata* dalla realtà porta verso forme di riflessione sempre più pure e astratte ed in questo contesto si inserirà il pensiero di Savigny che vede nella storia (nel processo storico) l'unico prisma in grado di restituire a chi osserva tutti i profili di un particolare fenomeno.

Dunque, in contrapposizione al razionalismo livellatore dei Lumi francesi, si riaccende l'interesse per le specificità dell'individuo che possono facilmente rinvenirsi, all'ennesima potenza, nel *Volk* che, a sua volta, trova la sua massima espressione nello Stato. Assumendo su di sé le caratteristiche dell'individuo, lo Stato diventa egli stesso una persona e ben presto l'unica *persona* in cui il soggetto può trovare la piena realizzazione di sé¹⁰⁶. Esso rappresenta una forza vivente, un individuo storico con una propria personalità ed una propria volontà, un *intero* personificato che incarna il proprio spirito¹⁰⁷.

Nella dialettica hegeliana lo Stato rappresenta allora la sintesi di *famiglia* e *società civile* e, anche si colloca successivamente, invero è già presente in esse che infatti perderebbero di significato e di realtà se non avessero sin da subito questo fine. Lo Stato dunque non nasce da un contratto stipulato fra gli individui, poiché non sono gli individui a formare lo Stato, ma è lo Stato stesso a formare gli individui¹⁰⁸.

Che la *famiglia* sia considerata la pietra angolare dello Stato non è comunque un'innovazione hegeliana. Anzi, da sempre essa è vista come una rappresentazione in mi-

¹⁰⁴ In altre parole, mentre in Francia Cartesio fondava l'essenza stessa dell'individuo esclusivamente sulla sua capacità di pensare, in Germania Leibniz tentava di conciliare l'anima con il corpo mediante la teoria dell'*armonia prestabilita*: cfr. G.G. LEIBNIZ, *Monadologia*, in *Scritti filosofici*, a cura di D.O. BIANCA, Torino, 1967, in part. pp. 291-92. Questa ambiguità si ritrova anche nella sua visione del giusnaturalismo che trova il suo fondamento sì nel divino, ma deve ricercare i suoi principi nel diritto romano comune.

¹⁰⁵ È il concetto di *Innerlichkeit* che dunque non consentirebbe all'individuo di occuparsi della vita politica, per potersi dedicare alla propria formazione personale (*Bildung*).

¹⁰⁶ Questa *concezione organica* dello Stato è quanto di più lontano si possa immaginare dall'idea di contratto sociale *à la* Rousseau, unico strumento idoneo a creare una collettività che altrimenti rimarrebbe allo stato di natura.

¹⁰⁷ Cfr. K.H.F. DYSON, *op. cit.*, p. 103.

¹⁰⁸ Cfr. G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello Spirito*, Milano, 2000.



niatura della comunità statale e anche da ciò scaturiscono alcuni equivoci circa la sua classificazione come istituto di diritto privato o di diritto pubblico¹⁰⁹.

Nella prospettiva tedesca, però, il riferimento culturale non sembra esser tanto il modello della *familia* di età romana, in base a cui il Sovrano (il *pater familias*) dispone a piacimento dei beni e delle persone sotto la sua *potestas*. Invero, nella ricerca di quelle caratteristiche primigenie del *Volk*, diventa irresistibile la fascinazione con il mondo greco¹¹⁰ e il modello della *polis*¹¹¹. Così rimane senz'altro valida l'analogia tra due pluralità unificate per mezzo del capo¹¹², ma "riferendo l'autorità politica all'autorità paterna, si riduce lo Stato alla famiglia, la quale si pone come paradigma assiologico"¹¹³. In questo senso, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, nell'antica Grecia, non si pone; così come non sembra porsi nel pensiero giuridico tedesco, anche ben prima di arrivare alla stagione dell'Idealismo¹¹⁴.

Già con Althusius, in effetti, la piramide della società trova nella famiglia il primo indispensabile gradino e nel contratto, il più tipico strumento privatistico, l'espedito giuridico su cui fondare tutte le strutture associative. Non solo la famiglia, dunque, ma anche corporazioni, comuni e province, fino ad arrivare allo Stato¹¹⁵ che però non stipula il proprio contratto direttamente con gli individui, bensì risulta dall'accordo federativo delle province¹¹⁶.

¹⁰⁹ Cfr. W. MULLER FREIENFELS, *The Emergence of Droit de Famille and Familienrecht in Continental Europe and the Introduction of Family Law in England*, 28 J. Fam. Hist. 31 (2003). Per una ricostruzione storica dell'istituto in quest'area, v. anche R. HÜBNER, *A History of Germanic Private Law*, New York, 1968, p. 584 ss.

¹¹⁰ Cfr. K.H.F. DYSON, *op. cit.*, p. 171, secondo cui l'influenza della tradizione romanistica è maggiore in Francia per motivi storici (il recepimento più risalente del *Corpus iuris*), linguistici (essendo il francese una lingua neolatina) e religiosi (vista la pervasiva presenza della Chiesa cattolica).

¹¹¹ Che per Hegel rappresenta "il paradiso dello spirito umano": cfr. G. VECCHI, *Il concetto di pedagogia in Hegel: Dalla educazione estetica alla formazione filosofica dell'uomo*, Milano, 1975, 20. Già in questo si nota una prima, fondamentale, differenza dell'individualismo francese con quello tedesco: nel primo esso rappresenta l'unità originaria da cui si dipana la trama della storia; nel secondo, in verità, l'individuo è subito *nascosto* dalla famiglia che rappresenta quindi il primo fenomeno sociale.

¹¹² Cfr. S. PUGLIATTI, voce «Diritto pubblico e privato», in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, p. 707.

¹¹³ Cfr. R. DE STEFANO, *Il problema del potere*, Milano, 1962, p. 37.

¹¹⁴ In linea con questa tradizione, infatti, Hegel qualifica la famiglia come organismo *etico*, ossia con la stessa qualità riservata allo Stato.

¹¹⁵ Ed è proprio la pubblica amministrazione il legame, lo spirito vivente, che tiene insieme le articolazioni dello Stato: cfr. J. ALTHUSIUS, *Politica*, a cura di NERI, Napoli, 1980, p. 41.

¹¹⁶ Un contratto molto diverso, quindi, da quello stipulato con la Costituzione federale degli Stati Uniti. Per questo e i successivi riferimenti alla ricostruzione storica della posizione giuridica della famiglia, cfr. S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 696 ss.



Successivamente, un altro istituto tipico del diritto privato viene usato per trovare la corretta collocazione sistematica della famiglia: il *possesso*¹¹⁷. È qualificata in questo modo la relazione che l'individuo instaura con le cose (diritti reali), con le persone (diritti di obbligazione) e con le persone come se fossero cose (diritti personali di specie reale, cioè i rapporti giuridici interni alla società domestica). Nel sistema kantiano la persona è al centro e dunque il diritto privato è un *prius* logico rispetto al diritto pubblico: in altre parole, l'individuo viene prima del cittadino; ma ciò presuppone una condizione di libertà difficilmente conciliabile con lo Stato del XIX secolo. L'unificazione politica della Germania sotto il secondo Reich richiede infatti anche un'unificazione giuridica che diviene oggetto di due differenti correnti di pensiero.

La già menzionata scuola storica di Savigny concentra i propri sforzi sulla creazione di una *scientia iuris* in grado di elaborare un diritto insito nel corpo sociale come prodotto naturale del *Volksgeist*, un concetto bioculturale che ben presto si identificherà con lo Stato *tout-court*. Dall'analisi *organica* dei singoli istituti giuridici si può cogliere la loro unità fondamentale e coordinarli così in un sistema¹¹⁸. Il sistema vede quindi il diritto *politico* che “ha per oggetto lo Stato ossia l'organica manifestazione del popolo”, mentre il diritto privato pertiene all'insieme dei “rapporti giuridici in cui ciascun individuo esplica la propria sua vita”¹¹⁹.

Esigenze di sistemazione muovono anche la scuola filosofica del diritto di Thibaut che però si fa carico dell'istanza illuministica di una codificazione generale, sul presupposto dell'universalità del diritto, in quanto fondato nel cuore e nella ragione dell'uomo¹²⁰. Naturalmente anche una simile raccolta di leggi doveva rappresentare lo spirito del popolo tedesco, ma il BGB, com'è noto, vedrà la luce soltanto un secolo dopo.

In entrambe le prospettive, però, il *Volksgeist* non può che esprimersi attraverso il Legislatore, segnando dunque il primato del diritto pubblico che assorbe così il privato, infatti: “il rapporto di diritto privato non può intendersi che nello Stato, tra individui che rivestono la qualità di cittadini e come tali riconoscono un ordine politico sovrastante ai loro privati interessi e alle loro particolari finalità”¹²¹.

¹¹⁷ Il riferimento è a I. KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, Bari, 2005. Proprio al filosofo di Königsberg si deve la prima concettualizzazione tedesca dell'uomo come essere razionale (nella *Critica della Ragion Pratica*, 1788) poiché in grado di conoscere la legge morale: più di un secolo dopo Cartesio e i suoi *Principia Philosophiae* (1644), ma il Romanticismo è ormai alle porte.

¹¹⁸ Con Puchta l'istanza sistematica viene posta al di sopra della Storia privilegiando così la costruzione di una piramide concettuale composta da massime giuridiche sempre più astratte. Questo formalismo verrà poi elevato alla massima potenza da Kelsen che infatti riduce l'ordinamento giuridico al sistema normativo.

¹¹⁹ Il diritto politico è una sottocategoria del diritto pubblico che non comprende il diritto processuale civile e il diritto penale: cfr. F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, I, Torino, 1886, p. 35 e 49.

¹²⁰ Cfr. A.J. THIBAUT, *La necessità di un diritto generale per la Germania*, Heidelberg, 1814.

¹²¹ Cfr. G. SOLARI, *Storicismo e diritto privato*, Torino, 1940, p. 2.



Da queste premesse concettuali, si potrà successivamente affermare che “tutti i diritti privati si collegano con una pretesa di diritto pubblico ed essere riconosciuti e protetti; e perciò l'intero diritto privato si poggia sulla base del diritto pubblico”¹²². Ciò ha come corollario una radicale riduzione del diritto allo Stato, e dello Stato al diritto. Non può esistere uno Stato senza diritto, e viceversa. Una volta ridotto l'ordinamento giuridico ad un sistema di norme, il diritto non può che coincidere con la volontà statale¹²³.

Nell'area germanica, in ultima analisi, il rapporto tra diritto (privato, ma non solo) e Stato, nella più ampia accezione del termine, sembra sempre essere stato molto stretto: dall'ordine dell'imperatore Lotario II nel 1135 di osservare il Digesto in tutto il territorio dell'Impero¹²⁴, alla codificazione del codice civile tedesco del 1900, la legittimazione del diritto privato sembra davvero inestricabilmente legata alla volontà del Sovrano, in una continua rivisitazione del principio *sic volo sic iubeo*¹²⁵, fino a non poter immaginare l'uomo al di fuori dello Stato perché questo rappresenta la totalità degli interessi degli individui¹²⁶.

3.2. Se sin dalla sua nascita nel 1861 lo Stato italiano adotta la *forma* di stato francese¹²⁷, la *concezione* dello stato è quella tedesca poiché “in quanto la società si concepisce organizzata politicamente per la tutela del Diritto sorge la nozione di Stato. (...) questo Stato

¹²² Cfr. G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, 1949, p. 2.

¹²³ Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1999.

¹²⁴ Di scarso rilievo che questa circostanza sia probabilmente una *factio* ideata successivamente nel XV secolo per fondare la validità dello *ius commune* sulla volontà del Sovrano. Anzi, ciò dimostra ulteriormente che il problema della legittimazione della norma giuridica si pone molto presto nei territori di area germanica forse proprio perché sotto l'egida imperiale. Cfr. N. JANSEN-R. MICHAELS, *op. cit.*, 28. Ma nonostante la presenza di questa istituzione sovraordinata, sembra sempre avvertirsi, in quel pensiero politico-giuridico, un desiderio di maggiore unità sicché lo Stato viene inteso in senso più “culturale” che “burocratico”: cfr. K.H.F. DYSON, *op. cit.*, 172. E si comprende allora forse meglio il fascino esercitato dalla Grecia classica, *politicamente* frammentata ma comunque all'interno di una κοινὴ prima linguistica e poi culturale.

¹²⁵ Baldo riferisce l'espressione alla validità degli statuti delle città medievali che trovano fondamento nella volontà del Sovrano: cfr. BALDO, *Super usibus feudilibus*, cit. da H. COING, *Zur Romanistischen Auslegung von Rezeptionsgesetzen: Fichards Noten zur Franfurter Reformation von 1509: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Romanistische Abteilung* 56 (1936), p. 269.

¹²⁶ Cfr. R. ARIS, *Die Staatslehre Adam Müllers*, Mohr, 1929. N. JANSEN-R. MICHAELS, *op. cit.*, 41, pongono in evidenza anche ragioni di carattere più pratico, come la circostanza che, con la caduta del Sacro Romano Impero nel 1806, l'individuo si trovò completamente indifeso di fronte agli atti delle amministrazioni locali (comunque nel prosieguo di un *trend* di progressiva insindacabilità giudiziale dell'azione amministrativa già in atto dal secolo precedente), rendendosi così necessaria l'istituzione di un nuovo e dedicato sistema giurisdizionale.

¹²⁷ Ossia una forma di stato unitario, centralizzato e altamente burocratizzato. E difficilmente poteva essere altrimenti date le origini della Casata regnante nonché la vicinanza geografica del Regno di Sardegna con la Francia.



costituisc[e] un organismo *sui generis*, dotato di volontà propria, di propri organi e soggetto a determinate leggi: e da tutti questi criteri sorgerà completo il concetto della personalità giuridica dello Stato, presupposto anch'esso essenziale della scienza nostra¹²⁸.

D'altra parte, l'adattamento del modello centralista napoleonico aveva incontrato non poche resistenze soprattutto a livello locale. Questo centralismo debole, aveva costretto il prefetto a svolgere un ruolo «di integrazione al centro delle domande della periferia»¹²⁹ in una continua trattativa con i notabili locali¹³⁰. In questo contesto istituzionale, allora, il nascente diritto pubblico italiano si sviluppa in una funzione per così dire suppletiva la cui metodologia è «così strettamente connessa con la nozione di Stato che non si può avere una piena e scientifica intelligenza dell'una, senza aver prima determinata l'altra»¹³¹.

Anche in questo caso, la costruzione di questa nuova scienza trova nel diritto romano una aspirazione sistematica e le sue fondamenta, a cominciare dalle idee «di personalità giuridica dello Stato» e «dei diritti pubblici subiettivi» e quindi di rapporto giuridico¹³².

La nozione di Stato come persona giuridica comporta quella di sovranità come affermazione della propria capacità giuridica in una composizione di sovranità e diritto. In questo potere che limita il potere, sono poste le basi dello Stato liberale di diritto, uno Stato-persona giuridica sovrana che si autolimita per permettere il godimento delle basilari libertà individuali negative¹³³.

Riprendendo la distinzione privatistica tra soggetto e negozio, tra individuo e volontà, diventa poi possibile separare «l'organizzazione soggettiva dei poteri pubblici e l'attività di questi soggetti»: la volontà dello Stato si manifesta allora attraverso una serie di soggetti artificiali, i suoi organi¹³⁴. Corollario di questa personificazione dello Stato è da una parte «l'impersonalità del potere pubblico» cioè dei suoi agenti¹³⁵; dall'altra, l'assorbimento della società in esso. Lo Stato-persona si pone in antitesi al (*rectius*: sintesi del) pluralismo sociale e al conflitto politico in quanto «istituto giuridico, ed è un subietto capace di Diritto; nei quali termini è già compresa la nozione di personalità giuridica dello Stato. In mezzo dunque alla varietà dei rapporti sociali, alle manifestazioni indefinitamente multiformi delle for-

¹²⁸ Ovvero la scienza del diritto pubblico intesa quale corollario della nozione di Stato liberale nazionale, al contempo Stato di diritto e persona giuridica sovrana: cfr. V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, 1889, Firenze, pp. 15-16.

¹²⁹ G. MELIS, *La nascita dell'amministrazione nell'Italia unita*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, p. 457.

¹³⁰ Cfr. anche P. AIMO, *Stato e poteri locali in Italia, 1848-1995*, Roma, 1998, in part. p. 27 ss.

¹³¹ Cfr. V.E. ORLANDO, *op. cit.*, p. 13.

¹³² ID., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico, Prolusione ai Corsi di Diritto amministrativo e costituzionale letta nella R. Università di Palermo l'8 gennaio 1889*, in *Archivio giuridico*, XLII, 1, 1889.

¹³³ È evidente l'influenza dell'insegnamento di Jellinek, su cui v. anche *infra*.

¹³⁴ Cfr. V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, p. 46.

¹³⁵ Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in ID., *Scritti minori*, I, *Diritto costituzionale*, 1990, p. 382 ss.



ze e delle tendenze così degli individui come delle classi sociali, lo Stato appare come la integrazione di esse in una poderosa unità”¹³⁶.

Da questi pur brevissimi cenni storico-comparatistici, e senza alcuna pretesa di completezza, sembra di poter affermare che la nozione di “diritto privato” non rappresenti un concetto univoco e anzi possa assumere numerosi significati¹³⁷. Per esempio:

a) con riguardo agli *interessi* tutelati, se nell’area di *civil law*, il diritto privato protegge quelli degli individui, mentre il diritto pubblico quelli dello Stato¹³⁸, nell’area di *common law* la definizione di Ulpiano è nota, ma non degna di nota;

b) con riguardo al concetto di *giustizia*, in entrambe le tradizioni giuridiche, la giustizia correttiva sorregge l’impianto normativo privatistico, mentre quella distributiva fa da sfondo a quello pubblicistico; tuttavia, in questo senso, se la responsabilità civile, fondata sul risarcimento del danno, fa parte del diritto privato, il *Tort Law*, invece, fondato sulla distribuzione del rischio, rientra nel diritto pubblico;

c) con riguardo alla funzione dell’*autonomia privata*, nei sistemi di *civil law* il diritto privato è quell’area del diritto tipicamente aperta all’autoregolamentazione che si esplica nel diritto dei contratti, a nulla rilevando l’inderogabilità di alcune norme; al contrario nei sistemi di *common law* il diritto privato è il diritto delle regole individuali che si compie nel contratto in sé, ovvero tutto ciò che può essere regolato dall’autonomia privata: in quest’ottica, il carattere imperativo di alcune norme le fa ricadere nel campo del diritto pubblico¹³⁹.

Da tutto ciò dovrebbe esser chiaro non solo che sono possibili diversi concetti di diritto privato, ma anche che questi spesso presuppongono un diverso modo di intendere il diritto in generale. Ma un’altra ragione per cui il diritto privato ha significati e funzioni così diversi risiede nel fatto che anche lo Stato ha significati e funzioni diversi. In effetti, il pensiero politico angloamericano, quasi dando per scontata l’esistenza delle proprie istituzioni, non sembra essere molto interessato ad approfondirne la conoscenza teoretica, come invece è accaduto in Europa.

Da tali pur notevoli differenze culturali (il cui riflesso nella realtà giuridica abbiamo appena analizzato), non discende però un’assoluta incomunicabilità tra queste due tradizioni giuridiche. È notoria, anzi, la crescente importanza degli *statutes*, da una parte, e la sempre maggior forza persuasiva del precedente giurisprudenziale, dall’altra.

Ma prendiamo in considerazione nuovamente l’endiadi di *law and enforcement*¹⁴⁰: davvero l’enunciazione di un diritto soggettivo, in un ordinamento di *civil law*, può prescindere dalla sua effettività?

In effetti, nelle parole della Corte costituzionale, “al riconoscimento della titolarità dei diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi ad un giudice in procedimento di natura giurisdizionale. Il principio di assolutezza, inviolabilità

¹³⁶ Cfr. V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., p. 16.

¹³⁷ Cfr. R. MICHAELS-N. JANSEN, *op. cit.*, p. 847 ss.

¹³⁸ Tra coloro che accolgono questo criterio distintivo, S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 739.

¹³⁹ Sembra riecheggiare la definizione di PAPINIANO, *Digesto*, 2, 14, 38: “*Ius publicum quod privatorum pactis mutari non potest*”.

¹⁴⁰ Con cui si vuole indicare la *commistione* pubblico/privato riscontrata negli USA: cfr. § 2.1.



e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude infatti che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione dinanzi alla quale possano essere fatte valere¹⁴¹.

Non è una novità, d'altra parte, che la tradizionale dicotomia “manifesta i segni di una crisi irreversibile”¹⁴² le cui ragioni si possono ritrovare nella crisi che ha determinato il trapasso dallo Stato liberale di diritto allo Stato sociale di diritto.

Con l'avvento dell'era della codificazione, lo *jus* si appiattisce sulla *lex* e la razionalizzazione comporta l'eliminazione del pluralismo giuridico e il conseguente accentramento normativo nello stato; l'autonomia privata viene esaltata, ma al tempo stesso diluita *legislativamente*¹⁴³. La dicotomia rimane, ma più nell'apparenza che nella sostanza.

Con il passaggio al *Welfare State*, invece, “i due piani si sovrappongono, a partire dalla Legge fondamentale”¹⁴⁴ dove trovano accoglienza i diritti fondamentali del codice, ma anche su altri livelli dell'ordinamento. Da un lato, si riconosce l'esistenza di enti pubblici non statali; dall'altro, alcuni servizi pubblici possono essere svolti anche da privati. Infine, con l'istituzione delle autorità amministrative indipendenti¹⁴⁵ si assiste al cambio di marcia decisivo dell'ente statale che da compiti di erogazione *scala* a funzioni di controllo e garanzia¹⁴⁶.

Di conseguenza, anche a voler considerare i diritti come staccionate erette per difendersi dall'autorità del Leviatano, non si può fare a meno di rilevare la pregnante esigenza dell'intervento della medesima autorità alla realizzazione e alla protezione di tali staccionate. Il fatto che, in ultima analisi, la tutela dei diritti (di tutti i diritti) si risolva in una *prestazione* a carico dello Stato (finanziata peraltro tramite il prelievo fiscale), è di per sé sufficiente a determinare la reviviscenza del concetto di *diritto soggettivo pubblico*¹⁴⁷?

¹⁴¹ Cfr. CORTE COST., 8.2.1999, n. 26, in *Giur. cost.*, 1999, p. 183.

¹⁴² Cfr. G. ALPA, *Trattato di diritto civile*, I, Milano, 2000, p. 413.

¹⁴³ Infatti, “il diritto privato trascorre da diritto della società civile, esterno allo Stato, a partizione del diritto statale. Le vecchie definizioni del diritto soggettivo, del negozio giuridico sono sottoposte a severa critica [così come] la stessa distinzione fra diritto privato e diritto pubblico, giacché contratto e legge sono parimenti fonti di norme, e la validità delle norme poste dai privati deriva dall'osservanza delle procedure di produzione stabilite dalla legge”: cfr. N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Bari, 2007, p. 86 ss.

¹⁴⁴ Cfr. E. MINNEI, *Il turismo tra diritto pubblico e diritto privato*, in L. DE GRASSI-V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Turismo. Diritto e diritti*, Milano, 2010, p. 453, nonché più in generale, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991.

¹⁴⁵ Estranee quindi sia alla pubblica amministrazione sia alle strutture ministeriali, con l'autonomia decisionale tipica degli enti pubblici, ma costretta ad agire secondo il modello privatistico: cfr. E. MINNEI, *op. cit.*, p. 451.

¹⁴⁶ Cfr. L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, p. 522.

¹⁴⁷ S. HOLMES-C.R. SUNSTEIN, *The cost of Rights*, Norton & Co. Inc., 2013, invero, sostengono l'illusorietà di fondo di una distinzione tra diritti soggettivi privati -positivi- (ad es. Pazione per inadempimento) e diritti soggettivi pubblici -negativi- riconosciuti dalla Costituzione federale degli Stati Uniti e dal *Bill of Rights* (ad es. diritto di parola). Tuttavia, alla dottrina nordamericana fa sicuramente difetto, soprattutto per ragioni storico-politiche, un approfondimento dettagliato della tematica dei diritti pubblici soggettivi (anzi, come si è vi-



La risposta più istintiva al quesito, certamente, sarebbe negativa. E non a torto: di sicuro, non sarebbe condivisibile l'intenzione di leggere la realtà dello Stato liberal-democratico contemporaneo con le lenti realizzate per affrancare, in qualche misura, l'individuo dallo Stato assolutista del XVII secolo. Questa nozione, infatti, dà per presupposta e ineluttabile una disparità giuridica tra Stato e individuo, impostazione ormai non più accettabile, tant'è vero che è stata ripudiata dalle Costituzioni sorte nel secondo dopoguerra, anche in Paesi (come la Germania e l'Italia stessa) dove aveva trovato terreno alquanto fertile.

Senz'altro, non si può più sostenere che i diritti del singolo derivano dallo Stato, come farebbe Hobbes, o che ogni situazione soggettiva, anche di diritto, del singolo è ammissibile solo entro i limiti in cui lo Stato la conceda, come farebbe Gerber¹⁴⁸. Tutta la teorica dei diritti pubblici soggettivi, in effetti, mostra evidentemente i segni dell'usura di un tempo che fu e che ci sembra difficile possa ritornare.

Eppure, nonostante le riflessioni dottrinali sul tema siano sostanzialmente ferme al secolo scorso¹⁴⁹, ancora non sembra possibile abbandonare del tutto questa categoria. Se, da una parte, l'ordine borghese tipico dello Stato liberale di diritto si risolve non solo in un acceso individualismo, ma altresì in un acceso statalismo "giacché l'individuo proprietario non può fare a meno di una protezione possente"¹⁵⁰; dall'altra, non è comunque più dubitabile che "gli stessi diritti di libertà non sottendano sempre e semplicemente un negativo *non facere* o un *patis* da parte dei pubblici poteri, ma, anch'essi, presuppongano interventi positivi diretti a porre in essere quanto di fatto è previamente necessario al loro esercizio e al

sto, è addirittura assente la concezione stessa di Stato-persona). Infatti, lo spirito dei Padri Fondatori è stato sempre interpretato unanimemente nel senso di aver voluto porre dei limiti al potere non solo del Congresso federale nei confronti degli Stati e degli individui (cfr. I e X emendamento), ma anche degli Stati nei confronti degli individui (cfr. XIV emendamento). Emblematico anche il caso del Presidente F.D. Roosevelt che, ancora secoli dopo, l'11.1.1944, in un discorso sullo Stato dell'Unione, per dare maggior enfasi al suo programma di riforme sociali, sentì l'esigenza di dover elencare un *Second Bill of Rights* (quasi una sorta di *captatio benevolentiae*).

¹⁴⁸ Oltretutto, sempre secondo l'autore tedesco, lo Stato non potrebbe tollerare situazioni giuridiche individuali per esso svantaggiose, suscettibili di minare la sua sovranità o addirittura di negarla, quindi, le posizioni giuridiche soggettive sarebbero sempre molto precarie: cfr. E. CASETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, p. 793. In questo senso, il diritto pubblico soggettivo non sarebbe altro che un "effetto riflesso" delle norme che limitano le competenze statali": cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1989, così illustrando la dogmatica di Gerber.

¹⁴⁹ Cfr. S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di V.E. ORLANDO, I, Milano, 1900, per il quale il diritto soggettivo pubblico si contraddistingue come rapporto giuridico in cui lo Stato, o altro ente pubblico, entri in qualità di sovrano, non importa se dal lato passivo o attivo, oppure come potere di agire in un concreto rapporto giuridico connesso ad una pubblica funzione.

¹⁵⁰ Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 221.



loro godimento”¹⁵¹. In altre parole, al riconoscimento di un diritto soggettivo fa da contraltare o una (aspettativa di) prestazione oppure l’attivazione di una tutela giudiziaria, entrambe a carico dello Stato¹⁵².

Tralasciando i casi di invincibile inerzia intellettuale, allora, si possono rilevare dei tentativi di utilizzare l’assunto in parola, alternativamente, come genere comprensivo delle *species* dei diritti fondamentali e dei diritti sociali¹⁵³ oppure come sinonimo di diritto soggettivo nei rapporti di diritto pubblico¹⁵⁴.

Tuttavia, entrambe queste tesi sono da scartare. Il rilievo più semplice che si può fare alla prima è che, una volta riconosciuta inattuale la concezione dello Stato-persona¹⁵⁵, non si ha più ragione di tenere in gioco la distinzione tra diritti soggettivi pubblici e privati, dato che sia gli uni che gli altri sorgono in capo a soggetti in posizione di parità giuridica tra loro. Un’altra obiezione a questo pensiero (che vale anche contro la seconda tesi) muove dalla constatazione che se tali diritti trovano fondamento nella Costituzione (e non nella sola volontà della maggioranza, ovvero nella legge ordinaria o in una costituzione flessibile), sin da subito dispiegheranno i loro effetti allo stesso tempo sia verso i privati sia verso lo Stato.

Vale la pena, però, di prendere pur brevemente in considerazione anche il contributo di chi ha dato il contributo forse più proficuo all’argomento¹⁵⁶. Seguendo questa impostazione¹⁵⁷, i rapporti che l’individuo può instaurare con lo Stato lo collocano in posizioni giuridiche dalle quali scaturiscono pretese giuridiche che prendono il nome di diritti pubblici soggettivi. Ciò perché l’individuo e lo Stato si integrano vicendevolmente (lo Stato è il soggetto che solo attraverso la creazione dell’altro da sé -la comunità- e la sua relazione inversa a questo può affermare la propria giuridicità) dando luogo a prestazioni allo Stato, a libertà dallo Stato, a pretese verso lo Stato e a prestazioni per conto dello Stato. Si parte, dunque, da uno *status subiectionis* dell’individuo¹⁵⁸ per finire, via via, ad una sua progressiva affermazione in virtù di una auto-limitazione dello Stato.

¹⁵¹ Cfr. E. MINNEI, *op. cit.*, 457, nt. 61: “ad esempio, la libertà di manifestazione del pensiero non potrebbe in concreto esplicarsi in mancanza di una disciplina positiva sui mezzi di comunicazione, la libertà di domicilio se non ci fossero case, la libertà di circolazione sul territorio se mancassero strade, mezzi di trasporto o quant’altro e così via”.

¹⁵² Cfr. R. FERRARA, voce «Salute (diritto alla)», in *Digesto, Disc. pubbl.* XIII, Torino, 1997, p. 530.

¹⁵³ Cfr. C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ed., Torino, 1982; nonché E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, II, Padova, 1981.

¹⁵⁴ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.

¹⁵⁵ Da alcuni chiamata addirittura l’“ipostatizzazione” della collettività sociale nello Stato-persona: cfr. V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Studi in memoria di V.E. Orlando*, I, Padova, 1957, p. 422.

¹⁵⁶ Cfr., in particolare, la seconda edizione di G. JELLINEK, *Il sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1912.

¹⁵⁷ Sempre secondo E. CASSETTA, *op. cit.*, p. 794.

¹⁵⁸ Si scrive “individuo”, ma si legge “cittadino”: la persona in quanto tale non esiste, anzi, l’unica persona è lo Stato. Anche nella tradizione di *common law*, come si è visto, lo Stato



Il primo frutto di questa dialettica è lo *status libertatis* (diritti di libertà), ossia la pretesa puramente negativa alla non ingerenza statale. Il secondo è lo *status civitatis* (diritti civili) che, invece presuppone una prestazione a carico dello Stato. Infine, si arriva allo *status activae civitatis* (diritti politici), dato che per esercitare le sue competenze, lo Stato deve per forza servirsi di alcuni individui ai quali affidare i pubblici uffici e la titolarità dei suoi organi.

Questi *status* non palesano di per loro né diritti né poteri¹⁵⁹. Ad es. lo *status libertatis* è elevato a diritto soggettivo essenzialmente per effetto della pretesa giuridica spettante all'individuo di poter esigere il riconoscimento del suo *status* negativo: un *agere posse* (non *libere*¹⁶⁰) concesso dallo Stato. Il diritto soggettivo, quindi, non sarebbe altro che “il potere di attivare al proprio individuale vantaggio le norme giuridiche”¹⁶¹.

Ma, allora, si deve anche ammettere che questa pretesa (*Ansprüche*) possa essere avanzata, positivamente, nei confronti dello Stato. In tal modo, tuttavia, l'*agere posse* finisce per coincidere con lo *ius perseguendi iudicio*, ovvero con l'*actio* che l'ordinamento giuridico riconosce a tutela di una qualsiasi posizione giuridica soggettiva: l'azione, quindi, non nasce più dal diritto, bensì è il diritto a nascere dall'azione¹⁶².

Si rivela anche in questo passaggio un'ambiguità che, invero, permea un po' tutto il pensiero dello Jellinek, sempre in bilico tra statalismo teutonico e liberalismo anglosassone (comunque con un'evidente predilezione per il primo). L'inversione del rapporto di causa-effetto tra diritto e azione è un “male necessario” per salvare il sistema statalistico da lui elaborato. Dal momento che, in tale sistema, gli unici rapporti giuridici configurabili sono tra soggetti in posizioni di disparità¹⁶³, e nonostante due entità non possano dominarsi reciprocamente¹⁶⁴, viene ora a configurarsi una relazione giuridica nella quale è l'individuo a porsi al di sopra dello Stato: ciò in virtù di un potere dei singoli verso lo Stato (e solo verso di esso) di agire a tutela dei propri diritti.

Rileggendo ora la sentenza citata dianzi con metodo, per così dire, dialettico (ossia procedendo dagli elementi che differenziano le *species* agli elementi che invece le accomuna-

viene in qualche modo personificato, ma esclusivamente per portarlo al livello dell'individuo: in questo senso lo Stato è una persona *privata*.

¹⁵⁹ Gerber parlerebbe di “effetti riflessi” delle norme che limitano il potere dello Stato: cfr. A. BALDASSARRE, *op. cit.*

¹⁶⁰ Com'è, invece, configurato nella definizione accettata da E. CASETTA, *op. cit.*, p. 795, che, poi, lo qualifica ulteriormente come il potere sul comportamento altrui in ordine ad un determinato bene. In particolare, sarebbe pubblico quando esso è elemento di un rapporto giuridico nel quale uno dei soggetti (Stato o ente pubblico) si pone in posizione di supremazia come soggetto attivo o passivo.

¹⁶¹ Cfr. G. JELLINEK, *op. cit.*, p. 56.

¹⁶² Non più quindi *ubi jus, ibi remedium*, bensì *ubi remedium, ibi jus* ovvero *remedies precede rights*, in un rovesciamento completo delle prospettive che, almeno in teoria, contraddistinguono tradizionalmente le famiglie di *civil law* e di *common law*.

¹⁶³ I rapporti tra privati, infatti, pur di diritto, non hanno comunque importanza giuridica per lo Stato che, infatti, si limita ad astenersi da qualsiasi attività al riguardo.

¹⁶⁴ Cfr. G. JELLINEK, *La dottrina generale*, cit.



no in un genere), sembrerebbe che qualche lontana eco della teorica dello Jellinek sia ancora presente.

Di certo, non l'idea che i diritti soggettivi siano il frutto di una graziosa concessione del sovrano¹⁶⁵. E nemmeno l'idea che lo Stato si trovi sempre e comunque in posizione di supremazia rispetto all'individuo, poiché questi esiste anche al di fuori e prima di esso, non più solo come cittadino, ma come persona¹⁶⁶.

Senza dubbio alcuno, le premesse da cui muovono i due ragionamenti, della Corte e dello Jellinek, sono indiscutibilmente antitetiche (e non poteva essere altrimenti), eppure le conclusioni alle quali arrivano non sono poi così dissimili come ci si potrebbe legittimamente aspettare. Entrambe, infatti, sembrano riconoscere l'indissolubilità del binomio diritto-azione (o azione-diritto) ed entrambe, quindi, mettono l'accento sulla insopprimibile e necessaria presenza di un sistema di tutela giurisdizionale.

In buona sostanza, un diritto (riconosciuto o concesso) senza garanzia non esiste in *rerum naturae* perché “la sua portata è determinata dall'interpretazione giudiziaria, cioè da una prestazione dello Stato”¹⁶⁷. In tal senso, dunque, tutti i diritti sarebbero pubblici: non perché concessi da un ente superiore (il che sarebbe palesemente antistorico), ma perché, alla fine dei conti, è l'autorità che garantisce la libertà. Si capisce, quindi, come mai “erodere un diritto -piaccia o no- spesso equivale a circoscrivere l'azione di controllo di organi pubblicamente finanziati”¹⁶⁸.

In definitiva, sembrerebbe potersi affermare che, se anche con riferimento ad una nozione come quella di “diritto soggettivo”¹⁶⁹, riescono a trovarsi numerosi punti di contatto tra le due grandi tradizioni giuridiche occidentali, forse allora la bontà di un'analisi comparatistica potrà iniziare da premesse ben più salde di quelle magari inizialmente immaginate.

¹⁶⁵ L'art. 2 Cost. it. è cristallino: “La Repubblica *ricosce* e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo (...)”, ovvero si limita a prendere atto della pre-esistenza di alcune situazioni giuridiche che non essendo state create dallo Stato, non possono da questo essere conculcate in alcun modo.

¹⁶⁶ È sempre l'art. 2 Cost. it. a porre, oltre al principio personalista, anche quello pluralista per il quale è riconosciuta la rilevanza giuridica anche delle c.d. comunità intermedie tra la Repubblica e i singoli (così: L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, p. 561 e ss.).

¹⁶⁷ E si tratta sempre di diritti da far valere nei confronti delle forze di polizia, della pubblica accusa, oltre che, naturalmente, dei giudici: cfr. sempre S. HOLMES-C. R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 87.

¹⁶⁸ Cfr. S. HOLMES-C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 86.

¹⁶⁹ La cui elaborazione concettuale è stata, come visto, rigorosissima negli ordinamenti di *civil law*, ma pressoché nulla in quelli di *common law*: cfr. R. HYLAND, *op. cit.*, p. 433 ss.



“GLI ACCORDI DELLA CRISI CONIUGALE” E L’INSOPPRIMIBILE FORZA REGOLATRICE DELL’AUTONOMIA PRIVATA

ILARIA FERLITO

“In questa materia, come in ogni campo del diritto ma forse con più accentuata vivacità, la realtà rispecchia ‘entra’ nello specchio e ne modella le fibre, ottenendo, a volte con forzature, un adeguamento dello strumento alle evidenze e alle esigenze dell’esperienza”¹

SOMMARIO: 1. Il mutato binomio «famiglia-autonomia privata». – 2. Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale: un travagliato “riconoscimento”. – 3. Sporadici e involuti segnali di apertura. – 4. Prospettive evolutive (e di armonizzazione del diritto di famiglia in ambito europeo).

1. In passato ben poco spazio era stato riservato all’autonomia negoziale dei privati nell’area del diritto di famiglia, considerata sottratta alla libera fruibilità delle parti alla luce di una indisponibilità pressoché totale delle situazioni giuridiche soggettive inerenti ai rapporti familiari. “Secondo l’impostazione legata alla tradizione meno recente la famiglia, come entità originaria, è dominata dalla concezione assorbente dello *status* familiare, che costituisce, di per sé, un concetto radicalmente antagonistico a quello di libertà contrattuale. Questa concezione che nega spazio all’autonomia nell’ambito dei rapporti di famiglia affonda le sue radici più certe nella visione organica e necessaria della comunità familiare di matrice cattolica; ma, anche, in quella dello stato etico che vuole fare della famiglia un *seminarium rei publicae* destinata ad essere, sacrificando totalmente il momento consensuale del rapporto, portatrice ed interprete dei valori istituzionali della comunità statale”².

La famiglia, primaria cellula sociale, nucleo fondamentale della società nazionale, intesa, pertanto, secondo una “concezione istituzionale” della stessa, quale formazione sociale, non già individuale, rivolta al perseguimento di finalità di carattere pubblicistico, portatrice di valore assoluti e trascendenti quelli dei suoi membri, costituiva un momento della dialettica – esemplarmente rappresentata nella formulazione hegeliana –, che “dall’individuo ascende allo Stato” (attesa la sua naturale propensione verso la procreazione della prole, nella quale si incardina il contributo alla costituzione ed alla continuazione del terzo elemento costitutivo di una società giuridicamente elevatasi a Stato). E, siccome tale, rinveniva allocazione sistematica in una zona intermedia fra il diritto privato e il diritto pubblico, con

¹ P. ZATTI, *Introduzione*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), I, Milano, 2002, 5.

² A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, I, 1, 1990, 1321-1322.



esclusione sì di ogni rilievo all'autonomia dei soggetti di diritto. Donde la qualificazione degli atti familiari come «atti in senso stretto», “in quanto il privato si limiterebbe a volere l'atto, mentre è la legge a definire e regolare integralmente le conseguenze”³.

Solo con l'avvento della Costituzione repubblicana, e quindi con la conseguente transizione a una “*concezione costituzionale*” della famiglia quest'ultima da istituzione sovraordinata ai singoli componenti approda ad una concezione nuova, fondata sui principi d'uguaglianza e di pari dignità dei coniugi (artt. 3 e 29 Cost.), nell'alveo della quale la posizione del singolo, non più compressa dai valori comunitari, rinviene tutela nella regola della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo all'interno delle formazioni sociali, ove, ai sensi dell'art. 2 Cost., si “svolge” e si “dipana” la sua personalità. Già invero, nel 1945, le pagine intitolate a “*L'autonomia privata nel diritto di famiglia*” di Francesco Santoro Passarelli⁴, “nitido nello stile e conclusivo nelle soluzioni”⁵, consentivano, nella costruzione dogmatica e nelle scelte sistematiche, di registrare una inevitabile cesura, una evidente ‘distanza’. Il saggio guarda alla disciplina del diritto di famiglia appena entrata in vigore e, intrecciando un aperto e discorde confronto con la dottrina di Antonio Cicu, conferma l'appartenenza del diritto di famiglia alla materia privatistica e, nell'abbandono della mistica dello statualismo in omaggio alla volontarietà dell'effetto, ferma il senso della collocazione degli atti inerenti alle dinamiche familiari nella categoria del negozio⁶.

Lo sgretolamento del modello *istituzionale*, invero – non è scevra di significato la seguente osservazione ai fini della presente indagine – s'avverte pur bene al di fuori dell'area propriamente riservata alla dichiarazione di volontà, *recte*, nell'emergere, quale riflesso del principio di autoresponsabilità, che del principio di autodeterminazione è correlato logico-giuridico, della tendenza a guadagnare nuovi spazi alla responsabilità extracontrattuale. E altresì nella conseguente rimozione, per esigenze di accentuata intimità, di quelle logiche immunitarie ed esentive⁷ – valida garanzia per la formazione familiare dal rischio di scivola-

³ IBIDEM, *op. cit.*, 1322. Ivi l'A. prefigura, quale lettura che aggiorna il modello interpretativo proprio della dottrina tradizionale, la prospettiva di quanti, senza accedere alla ‘pubblicizzazione della famiglia’, derivano l'indisponibilità delle situazioni giuridiche originate dalla dimensione familiare “dalla natura intrinsecamente e inscindibilmente *collettiva* degli interessi coinvolti” (cfr. C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 494 ss.; R. AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005).

⁴ F. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. e giur.*, 1945, 3 ss., raccolto poi nei *Saggi di diritto civile*, vol. I, Napoli, 1961, 381 ss.

⁵ A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 53 ss.

⁶ “Fu così l'avvio ad una riaffermazione e ad un'estensione dell'autonomia privata, come espressione di libertà, dall'individuo alle formazioni sociali intermedie, in prima linea la famiglia”: testualmente, in relazione alla scelta interpretativa compiuta al momento dell'entrata in vigore del codice, F. SANTORO-PASSARELLI, *Cento anni di «Diritto e giurisprudenza»*, in *Dir. giur.*, 1985, 1 ss.

⁷ Nella natura prevalentemente etica degli obblighi matrimoniali, nella “intimità della coesione sociale, che resiste e che soffrirebbe di ogni disciplina estranea” (P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, in *Persona e comunità*, Padova, 1999, vol. III, 3 ss.), piuttosto che nell'esercizio legittimo di un romanistico *jus corrigendi* genitoriale e nella impotenza del principio di eguaglianza al cospetto di un gruppo privato retto da vincoli morali, è rinvenibile la conferma della immunità aquiliana, da sempre presente nell'ordinamento giuridico italiano “per tradizione”, in via di puro fatto. Al riguardo, cfr. G. CIAN, *Introduzione. Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABUCCHI, Padova, 1977, I, 1, 42; G. ALPA, M. BESSONE, V. CARBONE, *Atipicità dell'illecito*, I, Perso-



menti pubblicisti, dal costo tuttavia inaudito, *id est* la riduzione ai margini del contesto domestico del valore della *Gleichbehandlung* –, che per lungo tempo ha sottratto siffatta area del diritto privato dalla soggiacenza al principio del *neminem laedere*⁸.

L'avvento nel corso della “postmodernità novecentesca” di una nuova stagione nella cultura giuridica italiana, che proclama l'accresciuta concezione privatistica dei rapporti familiari, si realizza, poi, a far data dall'introduzione del divorzio e con l'avvento della legge di riforma del diritto di famiglia del 1975 (l. 19 maggio 1975, n. 151), la quale, come noto, ha totalmente dissolto l'indirizzo pubblicistico dominante in materia, aprendo alla autonomia privata spazi di notevole spessore, anche in virtù della spinta culturale volta a completare ed attuare nella legislazione ordinaria l'*input* costituzionale degli artt. 29 e 30 Cost., e ciò con particolare riguardo al riconoscimento, proprio di una concezione democratica, del potere di concordare la regolamentazione giuridica della famiglia.

La caduta del principio di indissolubilità del matrimonio, nel 1970, apre la via ad un processo di privatizzazione del diritto di famiglia, che trova nella riforma più compiuta definizione: scolorisce, nella disciplina dei rapporti familiari, il primato dell'interesse superiore o pubblico, in favore di quelli personali dei coniugi e dei figli. “L'introduzione del divorzio e della separazione per intollerabilità della convivenza ne sono un segno, in quanto il venir meno della comunione materiale e spirituale tra i coniugi giustifica lo scioglimento, o l'allentamento del vincolo, non sussistendo un interesse superiore da far valere a fronte di quello dei coniugi a liberarsi di un rapporto ormai svuotato di significato. All'autonomia dei coniugi appartiene ora la decisione sui modi in cui risolvere la crisi coniugale”⁹. Peraltro, segnali di un mutamento radicale erano già presenti nella decisione della Corte costituzionale del 27 giugno 1973, n. 91, con la quale si era abolito il divieto di donazioni fra coniugi, sì aprendo le porte alla piena legittimità delle attività negoziali operate dai coniugi, insieme ed anche da soli (ciò può desumersi, fra l'altro, dallo stesso art. 144, ult. co., c.c.)¹⁰.

ne e rapporti familiari, Milano, 1993, 274; E. CARBONE, *La giuridificazione delle relazioni domestiche e i suoi riflessi aquiliani*, in *Famiglia*, 2006, 1, 83.

⁸ La famiglia, “di tutte le formazioni sociali certamente la meno penetrabile a controlli sulla vita e sull'ordine interno, quella contrassegnata dal massimo della immunità” (P. RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Famiglia*, 2006, 2002, 1). Tali coordinate postulano l'apertura nella trama sociale di spazi liberi dal diritto, “piccoli mondi nei quali lo Stato, il giudice, la legge, il regolamento non possono entrare” (P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1991, 245), ovvero “ipotesi di non diritto”, secondo un celeberrimo indirizzo della sociologia francese (“Definendolo in prima approssimazione, il non diritto è l'assenza di un diritto in un certo numero di rapporti umani, ove il diritto teoricamente tenderebbe ad essere presente”, J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 1992, a cura di A. DE VITA, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, Milano, 1997, 25).

⁹ G. FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definirne gli aspetti economici*, in *Famiglia*, 2001, 243 ss.

¹⁰ La regola dell'art. 144 c.c. “realizza in pieno il principio costituzionale di eguaglianza tra i coniugi garantendo una partecipazione paritetica al *menage*, ed è, anzi, l'unica compatibile con il suddetto principio”: così G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 23. Per ripercorrere l'evoluzione dell'autonomia privata in ambito familiare, v., tra i tanti, S. MAINE, *Dallo “status” al contratto*, in *Il diritto privato nella società contemporanea*, a cura di S. RODOTÀ, Bologna, 1971, 211 ss.; V. SCALISI, *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 157 ss.; P. STANZIONE e G. AUTORINO, *Autonomia privata e accordi coniugali*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, a cura di F. RUSCELLO, Padova, 2006, 19 ss., ove si suggerisce la necessità di evitare un'acritica trasposizione di norme e categorie create con esclusivo riferimento ai rapporti patrimoniali, pena il rischio che alla privatizzazione del diritto segua la sua mercantilizzazione; E. LUCHINI GUASTALLA, voce *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Enc. dir., Annali*, Milano,



L'accordo diviene strumento privilegiato per la disciplina dei rapporti familiari, colti nella dimensione sia fisiologica sia patologica, l'indice sintomatologico più significativo di questo processo (anche sociologico) di apertura del diritto di famiglia in senso democratico. L'art. 144 c.c. è da considerarsi, del resto, la principale norma in virtù della quale estendere la negoziabilità a zone un tempo caratterizzate da potere autoritario e sottomissione.

C'è, insomma, nell'impianto normativo del 1975 il seme evidente di un futuro sviluppo della autonomia, *recte* di una cultura favorevole all'espansione della logica della negoziabilità nell'assetto degli interessi e nella regolamentazione dei rapporti correlati a tali interessi di natura squisitamente familiari, che puntualmente oggi la dottrina segnala. Si discorre, infatti, sovente di autonomia privata e di potere di disposizione nei rapporti familiari, di contratti della crisi coniugale, di rapporti tra autonomia negoziale e "causa familiare", giungendo le esigenze di determinazioni e predeterminazione della sorte dei rapporti patrimoniali all'interno della famiglia ad indurre scompiglio sinanco nel più "sereno" settore delle successioni (ed il riferimento va non già e solo al movimento d'opinione che vuole l'abolizione del divieto dei patti successori, quanto e piuttosto a quell'idea che ritiene di doversi rivisitare persino la disciplina della successione dei legittimari, adeguandone la fisionomia ai mutamenti socio-economici ed alle nuove esigenze dell'autonomia privata, appunto).

Non va sottaciuta, peraltro, nell'alveo dei segnali vari sintomatici di una svolta culturale e di un rinnovato costume sociale, la notevole espansione dell'opzione a favore del regime patrimoniale della separazione dei beni – scelta favorita vuoi da esigenze fiscali vuoi dalla consapevolezza delle difficoltà operative dei meccanismi giuridici legati allo scioglimento del regime di comunione legale riscontrati in sede di soluzione della crisi familiare, ma dalla quale emerge, di là da tutto, un sostanziale rifiuto del sistema "comunione legale" imposto dalla legge in favore di un recupero della libertà decisionale all'interno della famiglia. Né va, infine, ignorata la presenza di indici normativi orientati alla autonomia più che alla eteronomia: si pensi, in tal senso, all'art. 30, comma 1, della legge 31 maggio 1995, n. 218 sul diritto internazionale privato, il quale affida *apertis verbis* all'autonomia privata dei coniugi una forza derogatoria di una norma di legge («I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge applicabile ai loro rapporti personali. I coniugi possono tuttavia convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede»)¹¹.

L'affermazione delle discrezionali scelte degli individui, rinvia, pertanto, di là dall'ambito strettamente patrimoniale, un *entourage* applicativo anche nelle dinamiche della famiglia, non più "isola che il mare del diritto può solo lambire ma non penetrare"¹². Ciò è frutto di un'evoluzione del costume e del modo di essere di una nazione che si sono trasfusi nella regolamentazione giuridica dei rapporti civilistici, rinvenendo ogni gestazione che

2013, VI, 77 ss. Per alcuni raffronti comparatistici, cfr. G. AUTORINO STANZIONE, "Autonomia privata" e Family Relationships Between Legal and De Facto Situations, in *Rapports Nationaux Italiens au XVIe Congrès International de Droit Comparé – Italian National Reports to the XVIth International Congress of Comparative Law*, Milano, 2002, e *ivi* ulteriori richiami bibliografici.

¹¹ Si veda M. C. ANDRINI, *L'autonomia negoziale dei coniugi nella riforma del diritto internazionale privato con particolare riguardo alla modifica delle convenzioni matrimoniali e dei patti conseguenti alla separazione consensuale*, in *Vita not.*, 1996, 3 ss.

¹² Cfr. A. C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università Catania*, III (1948-1949), Napoli, 1949, 38.



conduce al sorgere di un sistema di regole il proprio *incipit* nei sussulti percepiti e manifestati nel tessuto sociale, sussulti che creano una esigenza di Giustizia cui il legislatore prontamente è tenuto a rispondere a tutela di un principio di ordine pubblico. Il costume sembra influire in maniera sempre più incisiva sugli ordinamenti giuridici che regolano la vita sociale. Del resto, L. Roussel già nel 1989 aveva denunciato l'attestarsi di «una doppia deistituzionalizzazione: l'una nei comportamenti, l'altra nella stessa legislazione»¹³.

Il diritto di famiglia, in un tempo storicamente brevissimo (nel volgere di una cinquantina d'anni), ha subito una rivoluzione "epocale": le regole ed il dibattito contemporaneo, abbandonando un'eredità millenaria, negli oltre centocinquanta anni che separano l'oggi dalla unificazione politica e legislativa del Paese (1861), "percorrono vie lungo le quali gli istituti tradizionali non sono solo modificati nella loro funzione o nel loro regime, ma sono ridiscussi nella loro stessa essenza, talvolta nella loro stessa esistenza"¹⁴.

E ciò pare possa dirsi a più forte ragione oggi che è revocato in discussione l'*Idealtypus* di famiglia (famiglia nucleare, convivente, stabile, tendenzialmente monoreddito, asimmetrica nella ripartizione dei ruoli) visualizzato dal legislatore degli anni settanta quale antecedente alla disciplina previgente.

La legge sulla parificazione di tutti i figli (l. n. 219/2012) e il successivo decreto attuativo n. 153/2013 – riforma profonda e comparabile alla generale riscrittura del libro primo del codice civile avvenuta nel 1975 – ha radicalmente mutato la nozione di famiglia legale, ora non necessariamente fondata sul matrimonio, potendo i vincoli giuridici di parentela tra i suoi membri dichiaratamente prescindere da esso. L'affermazione della procreazione quale presupposto esclusivo e sufficiente del rapporto giuridico di parentela (cfr. artt. 74, 258, 315 c.c. post riforma) "consegna definitivamente all'archeologia giuridica le parole che Antonio Cicu poteva scrivere come piana constatazione dell'esistente, osservando che lo stato di figlio naturale «non si collega ad uno stato di famiglia poiché manca il matrimonio unica fonte, nel nostro diritto, della famiglia»^{15,16}. Esiste, oggi, invece, un'entità familiare, fondata su uno *status filiationis* unitario e su relazioni di parentela tra il figlio e i gruppi parentali di ciascuno dei genitori, pur in difetto di un rapporto giuridicamente regolato tra i genitori, e sicuramente, pur in difetto sul matrimonio, un tempo architrave della struttura familiare. Si assiste, nel segmento attuale della linea storica, all'accentuazione di un processo di privatizzazione e di pluralizzazione dei modelli familiari secondo una traiettoria indirizzata verso

¹³ L. ROUSSEL, *La famille incertaine*, Paris, 1989, 89-90.

¹⁴ G. AUTORINO, *Adozione e affidamento familiare: nuove definizioni e nuove tensioni*, in www.comparazionediritto.civile.it (luglio 2016). Sconfinata è la letteratura sulla rifondazione del sistema familiare improntata ai principi costituzionali che esaltano le situazioni reciproche dei singoli componenti il gruppo familiare precedentemente sacrificate a un variamente individuato interesse superiore. Si rinvia per la bibliografia essenziale a: P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966; P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'unità della famiglia*, in *Dir. fam. e pers.*, 1970, 7 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, spec. 4 ss.; ID., *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, Torino, 2ª ed., 2011, I, 71 ss.; G. AUTORINO STANZIONE e P. STANZIONE, *Sulla concezione della famiglia nell'Italia del XVIII secolo*, in *Dir. fam. pers.*, 1992, 316 ss.; P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, II ed., Torino, 2009, 324; G. CASTELLANI, A. CORDIANO, G. A. PARINI, M. VIVIRITO PELLEGRINO, *Autonomia della famiglia e controlli*, Napoli, 2017, con *Presentazione* del volume svoltasi il 30 novembre 2017 presso a Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Verona di P. STANZIONE, *Famiglia, Autonomia e Controlli*, in www.comparazionediritto.civile.it (Novembre 2017).

¹⁵ A. CICU, *La filiazione*, in *Tratt. Vassalli*, II rist. della 2ª ed. Torino, 1958, 139.

¹⁶ Così M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 3, 585.



un regime di atipicità da molte parti segnalato e sintetizzato nell'evocativa formula dell'arcipelago familiare¹⁷ (famiglia di fatto, famiglia arcobaleno, famiglia ricomposta o *step families*), sotto l'egida del concetto della formazione sociale, nella esegesi dell'impianto costituzionale *prius* logico ed ontologico di ogni comunità umana dove si svolge la personalità di ciascun individuo, e dove si richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Del resto, quale ente esplicativo della persona, la famiglia è già di per sé «categoria plurale», in quanto “riflettente il pluralismo insito nella stessa persona umana, quale energia vivente assiologicamente polarizzata e a complessità crescente che concentra dentro di sé tutte le sfere della realtà empiricamente data, e quindi una molteplicità assai vasta e una varietà amplissima di esigenze, bisogni, interessi, da quelli più elementari a quelli di grado via via più elevato di ordine razionale e spirituale. La famiglia, quale funzione della persona, non può non riflettere anch'essa siffatta realtà varia e complessa, molteplice e plurale, e conseguentemente assumere conformazioni e atteggiamenti non traducibili in un unico, ripetitivo e costante modello organizzativo”¹⁸.

Quanto detto, in specie la presenza nel sistema della «famiglia senza matrimonio» ove la negozialità privata è *in re ipsa*, comporta la necessaria rivisitazione dell'impianto positivo come emerso e inteso in sede di riforma del 1975; ed obbliga ad una rimediazione del progetto organizzativo della famiglia, ivi compreso la constatazione del mutato ruolo della donna, affrancata da un destino di soggetto deputato esclusivamente alla procreazione ed alle cure domestiche della famiglia ed immessa nelle attività lavorative, ora apportatrice di capitali per la realizzazione dei bisogni comuni ed individuali (e, dunque, non più “soggetto naturalmente debole” della relazione coniugale, su cui era intessuta l'esigenza di un ordine pubblico normativo da tutelare).

Come noto, con la l. 20 maggio 2016 n. 76, il legislatore italiano ha (finalmente!¹⁹) provveduto a colmare una grave lacuna del nostro ordinamento, introducendo una regola-

¹⁷ F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 520; F. D. BUSNELLI, M. C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 767; V. SCALISI, «Famiglia» e «Famiglie» in *Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 23.

¹⁸ Così V. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in *Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2013, 8 ss.

¹⁹ In merito alla rilevanza giuridica della convivenza *more uxorio* (già prima della legge 76/2016), si riportano le considerazioni di G. AUTORINO STANZIONE, P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico pratico, Vol. I, Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, Torino, 2011, 203 ss., 210 e 214-215: «[l]’attuale scenario normativo (...) sebbene connotato da non pochi richiami espliciti alla convivenza *more uxorio*, si compie ugualmente sullo sfondo di una sostanziale anomia e di un frequente ricorso all’analogia. La sola visuale costante è rappresentata dall’ottica personalistica, dalla quale riguardare l’intera vicenda onde recuperare la centralità dell’individuo in armonia con l’art. 2 Cost.»; «[l]a legislazione ordinaria, nel tempo e senza pretese di organicità, ha finito progressivamente per attribuire rilievo al profilo personale del rapporto di convivenza (...). Sotto altro profilo, non può tuttavia non rilevarsi come gli stessi interventi normativi (...) si siano arrestati ai soli rapporti eterosessuali (...)». Per una ricostruzione più approfondita del fenomeno in esame si rinvia, in particolare, a G. AUTORINO STANZIONE, *La famiglia “non fondata sul matrimonio”*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. II, Milano, 1988, 847 ss.; F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 509 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, diretto da G. AUTORINO STANZIONE, Vol. V, Torino, 2007, 1 ss.; V. ZAMBRANO, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, diretto da G. AUTORINO STANZIONE, *op. cit.*, 217 ss.



mentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, oltre ad una disciplina delle convivenze: ricalcando il modello tedesco della *eingetragene Lebenspartnerschaft*, ha così distinto le coppie *same sex* da quelle eterosessuali ed optato per una soluzione intermedia, ispirata al principio del c.d. doppio binario – da un lato, unioni civili tra persone dello stesso sesso e dall'altro convivenze di fatto tra coppie omo o eterosessuali²⁰.

Pur con tutte le sue criticità – difficilissimo si mostra il compito di sciogliere questioni interpretative, profilandosi la nuova disciplina costellata di ambiguità e di nodi da districare, – la legge Cirinnà, nel regolare (e “destrutturare”) i rapporti di coppia, possiede quantomeno un pregio: accende i riflettori sulla realtà, sulla realtà multiforme dei nostri tempi. L'emersione di nuove esigenze di tutela da situazioni di fatto che urtano contro la normalità intesa in senso quantitativo, quale scelta della maggioranza, o in senso qualitativo, quale ambito del normato, una volta superato un giudizio di meritevolezza di tutela condotto sulla base dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, non può condurre allo stravolgimento delle categorie tradizionali; d'altra parte, essa, non può condurre neppure al diniego di giustizia²¹. Non vi sarebbe niente di più pregiudizievole e sostanzialmente “ingiusto”, in specie alla luce del comando proveniente dal combinarsi degli artt. 2 e 3, comma 2, della nostra Costituzione, che l'intervento del legislatore sia ridotto al “*tutto o niente*”. Lo stesso monito probabilmente va rivolto al legislatore comunitario quando, nella ricerca di un modello omogeneo di famiglia europea, incorre nel medesimo rischio di costruire ancora una volta una gabbia in cui la magmatica e ribollente materia familiare in ogni tempo si rifiuta di essere richiusa. Del resto, come il sociologo francese Émile Durkheim scrisse già nel lontano 1888, “*non esiste un modo di essere o di vivere che sia migliore per tutti. La famiglia di oggi non è né più né meno perfetta di quella di una volta, è diversa perchè le circostanze sono diverse*”²².

Di qui – del mutato, sinanco innovato, contesto delle norme sulle famiglie e sulla filiazione si è dovuto giocoforza tener conto, seppur per cenni conoscitivi, in esse venendosi ad inserire gli accordi in esame²³ – il potenziamento della contrattualità con la sua equiva-

²⁰ Sulla recente legge 20 maggio 2016, n. 76, cfr.: F. CARIMINI, *Le unioni civili: tra la famiglia “tradizionale” e nuovi “modelli di comunione familiare”*, in www.comparazioneDirittocivile.it (marzo 2018); C. TROISI, *Diritti e doveri delle unioni civili*, in www.comparazioneDirittocivile.it (marzo 2018); G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 2017, 11 ss.; G. AUTORINO, *Le unioni civili in Europa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 12, pt. II (speciale che riporta gli Atti del Convegno di Padova, 7-8 ottobre 2016), 1667 ss.; M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e Dir.*, 2016, 10, 884; L. BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, in *Gius. civ. comm.*, 2016, 4; V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, 848 ss.; R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 10, 1386; P. TRIMARCHI, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, 864; L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1712; E. QUADRI, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corriere giur.*, 2016, 7, 893; L. QUERZOLA, *Riflessioni sulla legge in materia di unioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, f. 3, 843.

²¹ G. AUTORINO STANZIONE, P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, vol. IV, Torino, 2007, 4 ss., parla, al riguardo, di “denegata giustizia”.

²² E. DURKHEIM, “*Introduction à la sociologie de la famille*”. *Extrait des Annales de la Faculté des lettres de Bordeaux*, 10, 1888, 257 à 281.

²³ Significativamente M. AVAGLIANO, *Famiglia e accordi per la crisi, tra matrimoni, unioni civili e convivenze*, op. cit., 251 ss. evidenzia come la qualificazione di patti cosiddetti “prematrimoniali” non sia del tutto esatta “o perlomeno risulti corrispondente ad una fetta della realtà che può essere presa in considerazione, ma non a tutta



lenza delle situazioni giuridiche dei contraenti (e la sua tutela delle singole posizioni fondata su criteri ben diversi da quello tradizionalmente incardinato nel senso del menzionato ordine pubblico normativo)²⁴: l'autonomia negoziale si eleva a baluardo di tutela della volontà dei soggetti coinvolti nei rapporti giusfamiliari. In altri termini, la regolamentazione delle situazioni familiari, sia patrimoniali che personali, non più appannaggio esclusivo dell'istituzione pubblica, dell'autorità giudiziaria (in ogni punto e dettaglio), risulta sempre più aperta alla volontà dei privati, da intendersi come preminente nella costruzione dei loro assetti – con il (solo) limite del contrasto con profili indefettibili, di cui costituisce un ripetuto esempio l'interesse dei minori.

Ciò non già nella sola fase fisiologica del rapporto: è ormai diffusa prassi quella di ricorrere, in occasione della *crisi di coppia* (*rectius della famiglia*, derivi la stessa da rapporto di coniugio o unione – ovvero anche a prescindere da detta formalizzazione o da altre analoghe, dovendosi intendere allora per famiglia quella che abbia avuto, per quanto temporaneo, un carattere di stabilità (vedi ancora il comma 36 dell'art. 1 della legge n. 76 del 2016)²⁵ –, alla regolamentazione pattizia²⁶, ad opera delle parti (coniugi, uniti e conviventi), e sempreché tra gli stessi sussista un clima ancora amichevole, dei reciproci rapporti patrimoniali che dalla “frattura” traggono origine²⁷.

la realtà, quella realtà che proprio la legge in questione (sulle unioni civili), con la sua sfuggevolezza ci ricorda, o ci impone, non senza una certa prepotenza, come essere più vasta”. Più opportuno, allora, è il transitare dai *patti prematrimoniali agli accordi preventivi della crisi familiare*.

²⁴ Si pensi ai contratti di convivenza conclusi tra i conviventi *more uxorio*, attraverso i quali sono disciplinati gli effetti personali e patrimoniali derivanti dai rapporti reciproci (M. R. MARELLA, *Il diritto di famiglia fra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in F. GRILLINI e M. R. MARELLA, *Stare insieme*, Napoli, 2001, 3 ss.) – ipotesi che presenta una sua autonoma configurazione allorquando il contratto di convivenza sia concluso tra omosessuali.

²⁵ Non è errato affermare – *de iure condito* e in mancanza di una espressa regolamentazione – che detti accordi possano concernere (di là dalle relazioni di *coniugio*) anche quelle di *unione*, la cui disciplina, del resto, è, nonostante il diverso *nomen* e la mancata assimilazione, fortemente ricalcata, anche per *relatio*, su quella del matrimonio (art. 1, comma 20 della legge 76 del 2016). Più agevole, di converso, risulta la riferibilità di tali patti ai rapporti scaturenti dalle *convivenze*: le stesse, in forza (per scelta dei *partner*) della loro posizione antitetica ai suddetti vincoli, come confermato dall'esplicita possibilità di stipulare “contratti di convivenza” (art. 1, comma 53, della l. 76 del 2016), risultano più libere, e dunque virtualmente più permeabili dall'autonomia privata.

²⁶ E ciò, invero, pure in una fase ancora “fisiologica” del rapporto, oltre che ad esso propedeutica, o comunque ancora non del tutto irredimibile: si intende, infatti, evitare che la regolamentazione intervenga in un momento in cui il matrimonio sia già entrato in piena crisi e sia particolarmente complesso, in presenza di reciproche recriminazioni e rivendicazioni, il compimento di un accordo ed il raggiungimento di un assetto che soddisfi entrambi i coniugi.

²⁷ Il crescente rilievo dell'accordo e “la natura contrattuale di siffatto contrattare, costituente il fondamento ontologico del *menage* familiare (argomentando *ex art.* 144 c.c., in relazione agli artt. 1321 e 1322 c.c.) con particolare riguardo alle decisioni d'ordine patrimoniale)” (così C. VERDE, *Profili evolutivi dell'autonomia negoziale nelle relazioni di tipo “familiare”*, in *www.juscivile.it*, 2014, 2, 52) aprono spazi di riflessione sulla funzione e sulle possibili attribuzioni notarili in una materia, quale quella familiare, sinora attratta dalla mano pubblica. Considerando la duplice funzione postulata dal diritto notarile, *i.e.* di adeguamento della negoziazione tra i privati al sistema di valori presenti nell'ordinamento positivo e, al contempo, spiccatamente “antiprocessuale”, con lo scopo di prevenire le liti e/o di transigerle, si profila opportuna una rivalutazione – e, dunque, un'assegnazione *ex lege* e quindi *de jure condendo* – degli spazi di competenza del Notariato nella materia su cui si riflette.



L'accordo esprime, del resto, la logica di una negozialità che media le posizioni dei singoli. Non a caso la c.d. mediazione familiare²⁸, quale istituto extraprocessuale conciliativo di giustizia informale, si è diffusa fortemente nella prassi dei servizi sociali, con la precipua finalità di attenuare la conflittualità nella crisi della copia e tentare di ripristinare una comunicazione costruttiva, volta alla ricerca di una soluzione concordata, negoziata e condivisa del conflitto, funzionale, in primo luogo, a tutelare il superiore interesse del minore, rendendo realizzabile il progetto educativo della prole.

E in quest'ottica, recente elegia dell'autonomia negoziale e dell'autodeterminazione nel "diritto della nuova famiglia"²⁹ è la legge n. 162 del 2014 di conversione del d.l. 12 settembre 2014 n. 132, recante «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile», la quale individua due nuovi strumenti stragiudiziali di prevenzione e/o composizione della lite alternativi. Le due nuove procedure «semplificate» di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni si affiancano, senza sostituirle, ai procedimenti giurisdizionali di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni e operano al di fuori del processo per il tramite di una negoziazione assistita da avvocati, seguita dal nulla osta o dall'autorizzazione del procuratore della Repubblica, oppure in forza di accordi raggiunti dai coniugi davanti al sindaco nella sua qualità di ufficiale di stato civile (artt. 6 e 12, l. n. 162/2014), per tentare di ridurre un contenzione che, nel settore della crisi coniugale, appare crescere con andamento logaritmico³⁰. E', quindi, consentito ai coniugi, nei limiti e con le modalità previste dalla trama normativa, di raggiungere fuori dal processo ed in forza di un atto di autonomia privata, la separazione personale, la cessazione degli effetti civili del matrimonio oppure lo scioglimento del matrimonio ovvero la modifica delle condizioni di separazione e divorzio. Sicchè se sino ad oggi, la separazione tra i coniugi, così come lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili delle nozze o la modifica delle condizioni fissate dal giudice o concordate dalle parti in sede di separazione e divorzio richiedevano comunque, pur *inter volentes*, l'intervento del

²⁸ Sulla mediazione familiare, si veda: G. FERRANDO, *Autonomia privata e mediazione familiare*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da W. Bigiavi, Separazione e divorzio*, I, Torino 2003, 560 ss.; M. BASILE, *La mediazione nelle controversie coniugali sugli effetti della separazione e del divorzio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, I. *Famiglia e matrimonio*, t. 2, Milano 2002, 1483 ss.; M. DOGLIOTTI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Il nuovo diritto di famiglia diretto da G. Ferrando, I. Matrimonio, separazione e divorzio* a cura di G. FERRANDO, Bologna 2007, 1064 ss.; ID., *La mediazione familiare: un dibattito ancora attuale*, in *Fam. dir.*, 1996, 766 ss.; L. GAIOTTI, *Le parole dei figli di coppie divise. I Gruppi di Parola come esperienza sinergica alla mediazione familiare*, in *Minori giustizia*, 2012, 1, 422-430; G. BALLARANI, *La mediazione familiare alla luce dei valori della Costituzione italiana e delle norme del diritto europeo*, in *Giust. civ.*, 2012, f. 10, 495-509; M. MAZZUCA, *Note sulla mediazione familiare, tra autonomia negoziale e controllo giudiziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, f. 3, 711-724; D. D'ADAMO, *La mediazione familiare come metodo integrativo di risoluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, f. 2, 377-398; C. IRTI, *Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita*, in *Dir. fam.*, 2016, f. 2, 665-680.

²⁹ V. CARBONE, *Crisi della famiglia e principio di solidarietà*, in *Fam. e dir.*, 2012, 12, 1 ss.

³⁰ G. GIAMO, *La gestione della crisi coniugale attraverso il procedimento collaborativo. Uno studio comparatistico*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, 3, 559 ss.; ID., *Status coniugale e volontà delle parti nella crisi della famiglia. Breve note comparatistiche in tema di negoziazione assistita*, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, 4, 1515 ss.



giudice, ora d'esso, per la prima volta nella storia del diritto italiano a far data dalla introduzione del divorzio, pare potersi far a meno³¹.

La negoziazione assistita ha, dal punto di vista dei principi, un effetto dirompente sul diritto della crisi della famiglia. Rivaluta l'autonomia dei coniugi quale fonte e tecnica di composizione della crisi coniugale: l'ordinamento arretra il potere di determinare la sorte della disputa a favore di soluzioni private. Consente ai coniugi, sempre tramite un atto di autonomia negoziale assistita, di determinare le condizioni del loro divorzio o della loro separazione senza alcuna forma di controllo giudiziale, essendo solo affidato al Pubblico ministero il compito di rilasciare un "nullaosta", allorché non ravvisi irregolarità. Infine – aspetto più vicino alla nostra indagine – la convenzione di negoziazione assistita null'altro parrebbe se non un patto relativo al futuro divorzio (o alla futura separazione), nel senso che è un patto con cui le parti si impegnano, al momento della crisi del loro matrimonio, a negoziare le condizioni del futuro divorzio (o della futura separazione)³². Di certo le disposizioni del d.l. n. 132 del 2014 non affermano la validità di tutti i patti con cui le parti determinano in anticipo le condizioni del loro futuro divorzio; tuttavia esse, di là dalle soluzioni ai problemi interpretativi che pongono o dalle loro modalità di applicazione nella prassi, con ogni evidenza sanciscono il trionfo dell'autonomia negoziale e dell'autodeterminazione nella crisi matrimoniale.

Le tappe legislative sinteticamente tracciate "riflettono chiaramente una vicenda sociale segnata dal passaggio da un rapporto coniugale di tipo autoritario, coerente con una società tendenzialmente comunitaria (*Gemeinschaft*) ad uno fondato sull'eguaglianza e sull'accordo, coerente con una comunità contrattualistica (*Gesellschaft*) tipica delle moderne società post-industriali; dalla indissolubilità alla dissolubilità del matrimonio con un semplice atto amministrativo (art. 12, l. n. 162/2014); dalla discriminazione dei figli alla loro parificazione; dal disfavore verso le convivenze *more uxorio* alla tutela delle convivenze tra persone di sesso diverso o anche dello stesso sesso". Famiglia, matrimonio, divorzio, convivenze sono categorie intimamente storiche, sono essi stessi elementi storici, soggetti al mutamento, da interpretare, come tali, secondo l'evoluzione della società e del costume³³; ciò suggerisce l'esigenza di un ripensamento delle regole di diritto sorte in un diverso contesto normativo e storico-sociale, nella consapevolezza che la dimensione giuridica risulta connaturale alla quotidianità sociale e appartiene alla normalità di questa.

³¹ Appare così essersi concretizzata la profezia di Maine, secondo cui le società progredite si muovono dallo *status* al contratto. Cfr. H. S. MAINE, *Ancient law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, London 1861, ris. New York 1986, 141.

³² C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessioni e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, 1, 207 ss.

³³ "Se è vero che un'indagine sul tema familiare debba impegnarsi a ricostruire la materia su basi rigorosamente giuridiche, prendendo le mosse dal dato di diritto positivo, essa però non potrà essere avulsa dal contesto sociale e culturale in continuo mutamento nel quale emergono, per dirla con Carbonnier, tali richieste di giustizia": così M. G. STANZIONE, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari*, in www.comparazioneDirittocivile.it (maggio 2013), la quale richiama l'insegnamento di G. AUTORINO STANZIONE, in *Diritto di famiglia*, cit., 1 ss., confluito poi nell'introduzione al trattato *Il diritto di famiglia nella dottrina e giurisprudenza*, cit., XV ss.



2. Le suggestioni e le sollecitazioni più significative ad un ripensamento complessivo del sistema derivano all'interprete dalle ipotesi di accordi preventivi di separazione e divorzio, conclusi in un momento cronologicamente antecedente all'insorgere della crisi coniugale o prima del matrimonio (secondo il modello, proprio dell'esperienza d'oltre oceano, dei *pre-nuptial agreements*).

La complessa ed insidiosa³⁴ materia degli accordi prematrimoniali in vista di separazione e divorzio ha rappresentato uno dei più considerevoli luoghi di emersione della tendenza alla contrattualizzazione delle relazioni familiari³⁵, ampiamente rilevata dalla dottrina italiana, un terreno fecondo su cui è agevole constatare il ruolo decisivo dell'autonomia privata di ciascuna individualità componente il nucleo familiare. In presenza di un quadro normativo assai deficitario – come noto, alcuna disciplina specifica di queste forme contrattuali è prevista –, la giurisprudenza ha più volte avuto occasione di pronunciarsi circa la validità delle intese raggiunte dalle parti sull'assetto patrimoniale in previsione di un possibile futuro divorzio. Anche in questo caso – come per quello del carattere disponibile o meno del contributo al mantenimento del coniuge separato e dell'assegno di divorzio – si assiste ad una significativa evoluzione del pensiero dei giudici di legittimità, da concezione più “liberiste” (*recte* più “possibiliste”) a posizioni di assai più rigida chiusura.

A seguito di una serie di aperture nella giurisprudenza degli anni Settanta dello scorso secolo, a partire da una decisione del 1981 la Corte di legittimità comincia ad enucleare specifici profili di illegittimità degli accordi in esame, tali da sconsigliarne l'adozione pur a quanti volesse attestarsi sulla tesi della validità delle rinunzie (successive) ai diritti patrimoniali insorgenti dalla scioglimento del vincolo matrimoniale³⁶. Sullo sfondo, ancorato alle ideologie cristiane-cattoliche, permane pervicacemente l'idea che la predisposizione di un piano economico prima del divorzio per opera dei coniugi faciliti senza ombra di dubbio l'abbandono della relazione coniugale e lo scioglimento definitivo di essa – un'idea peraltro condivisa dalle corti americane (ma anche di altre giurisdizioni di *common law*) sino alla recente svolta in favore della libertà contrattuale. Gli accordi preventivi per la disciplina degli effetti del divorzio sono nulli per illiceità della causa, giacché idonei a realizzare un “mercimonio” dello *status* matrimoniale mediante la previsione di un corrispettivo per il consenso allo scioglimento del legame matrimoniale – una commercializzazione del diritto civile che si rispecchia in un'immagine di famiglia “gerarchizzata”, quella del codice del 1942, nella quale il marito è capo ed amministratore dei beni dotali, all'interno di un assetto piramidale volto alla salvaguardia del patrimonio (non già della persona). Si tratterebbe, dunque, di intese volte a condizionare (direttamente o indirettamente) la volontà dei coniugi su scelte di carattere personale inerenti diritti indisponibili correlati al proprio *status*, e la libertà dei comportamenti difensivi degli stessi nei processi di divorzio sia per quanto riguarda gli effetti economici, sia circa la stessa dichiarazione di divorzio in sé³⁷.

³⁴ “Quella dei patti cosiddetti “pre-matrimoniali” è tematica nota per essere particolarmente insidiosa”: così M. AVAGLIANO, *Famiglia e accordi per la crisi, tra matrimoni, unioni civili e convivenze*, in *Riv. not.*, f. 2, 2017, 251 ss.

³⁵ Cfr. M. R. MARELLA, *Gli accordi tra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in G. FERRANDO (a cura di), *Separazione e divorzio*, in *Giur. sist. Bigiani*, I, 2, Torino, 153-210.

³⁶ Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1533 ss., con nota di A. TRABUCCHI, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*, e in *Foro it.*, 1982, I, c. 184 ss.

³⁷ Cass., 5 dicembre 1981, n. 6461, in *Mass. Giur. it.*, 1861, c. 1620.



Argomentazione costantemente addotta a sostegno della nullità degli accordi proclamata *apertis verbis* delle successive decisioni (l'indirizzo più rigoroso continua nel corso degli anni novanta sino ad oggi, definitivamente consolidandosi con altre pronunce ispirate ai medesimi principi)³⁸, è, vieppiù, la illiceità della causa per contrasto insanabile con l'indisponibilità dell'assegno di divorzio, sul presupposto della natura prevalentemente alimentare di tale diritto, giacché rivolto alla tutela del coniuge economicamente più debole. La giurisprudenza, considerando la sua natura composita, in un primo momento aveva ritenuto che esso fosse disponibile, quantomeno relativamente alle componenti risarcitoria e compensativa³⁹ – conclusione questa, del resto, del tutto condivisa dalla prevalente dottrina che aveva sostenuto la piena disponibilità dell'assegno, argomentando soprattutto dal fatto che l'art. 5, comma 4, della l. divorzio, ammetteva che «su accordo delle parti la corrispondenza può avvenire in un'unica soluzione». Solo in un momento successivo, sempre nella vigenza della l. 898/70, la giurisprudenza segue un itinerario decisamente volto a sottolineare la natura indisponibile dell'assegno con una progressiva svalorizzazione degli elementi posti a fondamento della primitiva soluzione; così quanto in precedenza affermato sulla indisponibilità dell'assegno, peraltro limitato alla componente assistenziale, viene esteso dalla Corte di Cassazione anche al profilo risarcitorio e compensativo dell'assegno.

Alla declaratoria di nullità degli accordi di regolamentazione preventiva della crisi si è sovente giunti richiamando, da ultimo, l'art. 160 c.c., sancente l'indisponibilità dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio: in altri termini, e a prescindere dal condizionamento sul comportamento e la libertà delle parti di difendersi nel procedimento di divorzio, si ritiene che ogni determinazione presa prima della sentenza che pronuncia lo scioglimento del matrimonio non sarebbe vincolante, per la ragione che gli interessati sarebbero ancora legati dal rapporto fondamentale, il cui contenuto non può non essere sottratto ad ogni contrattazione⁴⁰.

Si innesta lungo la traiettoria sinora delineata la più recente sentenza n. 2224 del 30 gennaio 2017, con la quale la prima sezione civile della Corte di Cassazione ha riaffermato *apertis verbis* la nullità dell'accordo con cui venga concordato l'assegno di divorzio tra i coniugi preventivamente in sede di separazione, atteso che ogni pattuizione di contenuto patrimoniale in previsione di un futuro ed eventuale divorzio è invalida per illiceità della causa in quanto in contrasto con il principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, espresso dall'art. 160 c.c. Sicché, “di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludono il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto è necessario per soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette esigenze, per il rilievo che una preventiva pattuizione – specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio potrebbe de-

³⁸ Cass., 11 agosto 1992, n. 9494, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1495; Cass., 28 ottobre 1994, n. 8912, in *Fam. e dir.*, 1995, 14; Cass., 7 settembre 1995, n. 9416, in *Dir. Fam. Pers.*, 1996, 931; Cass., 20 dicembre 1995, n. 13017, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1694; Cass., 20 febbraio 1996, n. 1315; Cass., 11 giugno 1997, n. 5244, in *Giur. it.*, 1998, 218; Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Corr. Giur.*, 1998, 513; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810; Cass., 9 maggio 2000, n. 5866; Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. e dir.*, 2003, 344.

³⁹ Cass., 3 luglio 1980, n. 4223, in *Rep. Foro it.*, 1980, *Matrimonio*, 142.

⁴⁰ Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. Giur.*, 2000, 1021; Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, in www.altalex.com.



terminare il consenso alla dichiarazione degli effetti civili del matrimonio”⁴¹. Nel caso di specie è stato accolto il ricorso di una donna che intendeva ottenere la riforma della sentenza con cui la Corte d’Appello di Milano aveva statuito che l’ingente somma versatale anni prima dal marito, in sede di separazione, doveva essere considerata a titolo di quanto le sarebbe spettato per assegno di mantenimento e assegno divorzile; donde conseguiva che il predetto importo, per la sua rilevanza, assorbiva, per almeno vent’anni, persino la richiesta di un assegno divorzile⁴².

Gli Ermellini hanno altresì precisato come gli accordi dei coniugi diretti a fissare, in sede di separazione, i reciproci rapporti economici in relazione al futuro ed eventuale divorzio con riferimento all’assegno divorzile siano nulli per illiceità della causa, “avuto riguardo alla natura assistenziale di detto assegno, previsto a tutela del coniuge più debole, che rende indisponibile il diritto a richiederlo”⁴³. Ne consegue che la disposizione dell’art. 5, ottavo comma, della legge n. 898 del 1970 nel testo di cui alla legge n. 74 del 1987 – a norma del quale, su accordo delle parti, la corresponsione dell’assegno divorzile può avvenire in un’unica soluzione, ove ritenuta equa dal tribunale, senza che si possa, in tal caso, proporre alcuna successiva domanda a contenuto economico –, non è applicabile al di fuori del giudizio di divorzio, e gli accordi di separazione, dovendo essere interpretati “*secundum ius*”, non possono implicare rinuncia all’assegno di divorzio”⁴⁴.

I coniugi, dunque, in sede di separazione non possono accordarsi sull’importo dell’assegno che dovrà essere versato in vista di un futuro ed eventuale divorzio, giacché separazione e divorzio si profilano momenti distinti e separati nell’*iter* di scioglimento del matrimonio, non programmabili in anticipo. Non è corretto, quindi, equiparare e unificare l’assegno di mantenimento nella separazione all’assegno divorzile, stante la diversità dei presupposti per il loro riconoscimento.

Ai sensi dell’art. 5 della legge sul divorzio, l’accertamento del diritto all’assegno divorzile deve essere eseguito verificando l’inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente,

⁴¹ Così Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, in www.altalex.com.

⁴² Nell’ambito del giudizio di divorzio, la Corte d’appello di Milano aveva riformato la sentenza di primo grado revocando alla moglie l’assegno di mantenimento, dichiarando cessato l’obbligo di mantenimento del figlio maggiore e riducendo il mantenimento del figlio studente. La Corte territoriale aveva posto a fondamento della propria decisione di revoca dell’assegno divorzile, la circostanza, realizzatasi in corso di separazione personale dei coniugi, dell’avvenuto versamento da parte del marito in favore della moglie, della somma di quasi due milioni di euro. Così facendo egli avrebbe inteso corrispondere alla donna quanto le sarebbe spettato a titolo di assegno di mantenimento e di assegno divorzile, dovendosi considerare che il predetto importo, per la sua consistenza, assorbiva, per almeno vent’anni, l’originaria richiesta di un assegno divorzile di 7.000 euro mensili già avanzata. Quanto al figlio maggiorenne studente, non ancora autosufficiente, avendo lo stesso abbandonato gli studi universitari ed essendo alla ricerca di un lavoro, il padre avrebbe dovuto contribuire al suo mantenimento nella misura di 1.500 euro mensili, somma predeterminata sulla base della retribuzione media di un laureato al primo impiego. La Corte suprema ha accolto tutti i motivi di ricorso evidenziando la contrarietà della pronuncia della Corte Milanese a un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato.

⁴³ L’assegno divorzile ha una funzione assistenziale-solidaristica, *id est* serve a evitare che, a causa del divorzio, il coniuge economicamente più debole si trovi in precarie condizioni economiche. Affinché si possa sostenere il diritto all’assegno divorzile il richiedente deve provare quali sono le risorse reddituali e patrimoniali dell’ex coniuge, ma anche le rispettive potenzialità economiche e il tenore di vita goduti dai coniugi all’epoca della convivenza. Ad affermarlo è, da ultimo, il Tribunale di Sassari, nell’ambito di un giudizio di divorzio tra coniugi, con sentenza n. 217 del 12 febbraio 2017 (Trib. Sassari, 12 febbraio 2017, in www.laleggepertutti.it).

⁴⁴ Testualmente, Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, in www.altalex.com.



raffrontati ad un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio e che sarebbe presumibilmente proseguito in caso di continuazione dello stesso o quale poteva legittimamente e ragionevolmente configurarsi sulla base di aspettative maturate nel corso del rapporto. La liquidazione in concreto dell'assegno, se il coniuge richiedente non è in grado di mantenere con i propri mezzi il suddetto tenore di vita, va compiuta tenendo conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione e del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ognuno e di quello comune, nonché del reddito di entrambi, “valutando tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio (cfr. *ex plurimis*, Cass. civ., 15 maggio 2013, n. 11686)”.

Epperò, tale consolidato (mai esitante da almeno un trentennio) indirizzo giurisprudenziale è stato fortemente avversato in dottrina sulla base di numerose argomentazioni, talora convincenti sul piano logico e sistematico; sinanco aspramente “bollato” da un autorevole civilista italiano di “irragionevolezza” nella sua ritrosia a non ammettere la validità dei contratti stipulati dai coniugi in vista del divorzio⁴⁵ per motivi di ordine pubblico, specie se posto a confronto con altre esperienze straniere dove la regolamentazione in via preventiva delle conseguenze del divorzio viene ritenuta ammissibile. Peraltro, in tempi non recenti – e naturalmente in un periodo in cui poteva discorrersi non già di divorzio, piuttosto di invalidità matrimoniale – Arturo Carlo Jemolo, con la lucidità intellettuale che gli era propria, non esitò ad affermare la liceità degli accordi stipulati in vista dell'annullamento del matrimonio, ricorrendo all'art. 1322 c.c. cpv. ed evidenziando «che siamo in un caso in cui è palese l'interesse tipico del regolamento dei rapporti, se pure non si abbia una disposizione esplicita del codice che preveda tale regolamento, essendo quasi impensabile che al termine della convivenza non ci siano ragioni di dare ed avere, pretese reciproche»⁴⁶.

Sembra opportuno sottolineare circa l'asserito condizionamento che le intese in discorso eserciterebbero sul comportamento delle parti nel futuro giudizio di divorzio e al temuto commercio dello *status* di coniuge, come si tratti di affermazioni sceve di sostegno. E' di tutta evidenza che esiste una volontà del nostro ordinamento diretta a sollecitare il soggetto, all'atto del matrimonio – situazione del tutto speculare a quella ivi considerata – a “costruire” le proprie prospettive matrimoniali attraverso la stipulazione delle convenzioni (pre)matrimoniali più idonee alla tutela dei suoi interessi in relazione alle circostanze ed alle esigenze di vita, stabilendo espressamente che le convenzioni matrimoniali possano essere stipulate in ogni tempo (art. 162, comma 3, c.c.). Non riesce a comprendersi, dunque, perché ciò non dovrebbe poter avvenire in relazione al divorzio. Peraltro, è lo stesso codice civile che configura espressamente (art. 785 c.c.) il matrimonio (e quindi un fatto costitutivo di uno *status familiae*) alla stregua di una condizione sospensiva della attribuzioni patrimoniali gratuite effettuate in vista della celebrazione delle nozze – chiaro richiamo, questo, alla validità delle clausole “premiali” legate ad un comportamento personale di una delle parti. “Appare pertanto evidente che altro è dedurre ad oggetto del sinallagma negoziale l'impegno a tenere (o a non tenere) un comportamento personale (sposarsi, divorziare, separarsi, domandare l'annullamento del vincolo) e ben altro è prevedere le conseguenze patrimo-

⁴⁵ Così F. BUSNELLI, *Prefazione* ad AA.VV., *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, a cura di D. AMRAM e A. D'ANGELO, Padova, 2011, XIX.

⁴⁶ A. C. JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1967, 530.



niali di una scelta di tal genere, laddove il legislatore si preoccupa di scongiurare soltanto il verificarsi della prima situazione, non certo della seconda”⁴⁷. Di là dall’apriorismo del principio, risulta incomprensibile l’argomentazione fondamentale (più volta addotta ed utilizzata dalla giurisprudenza di legittimità nell’*iter* logico diretto a sostenere la nullità dei patti) che essi avrebbero l’effetto di condizionare la condotta processuale del coniuge interessato ad opporsi alla domanda di divorzio: come anche di recente dottrina ha dimostrato, tali preoccupazioni non colgono affatto nel segno. Premesso che non tutti gli accordi con cui le parti predeterminano il futuro contegno processuale sono di per sé illeciti, visto che essi divengono tali solo laddove comportino la violazione del diritto di difesa di cui all’art. 24 Cost., ovvero si traducano in un patto con cui le parti intendono perseguire un risultato in frode alla legge, si è evidenziato come ciascun coniuge sia titolare di un diritto potestativo allo scioglimento del vincolo, al quale si contrappone una posizione di mera soggezione dell’altro coniuge. La procedura di divorzio, in presenza dei presupposti richiesti dalla legge, si caratterizza per il relativo automatismo, automatismo che impedisce a ciascun coniuge di opporsi all’iniziativa dell’altro; sicché, “i comportamenti ostruzionistici in seno al processo possono, in questa prospettiva, comportare l’aumento della durata, ma giammai impedire al giudice di pronunciare il venire meno della *communio omnis vitae*”⁴⁸.

L’argomento complesso della (in)disponibilità dei più importanti diritti d’ordine patrimoniale nascenti dalla separazione personale e dallo scioglimento del matrimonio (*i.e.* diritto al mantenimento del coniuge separato *ex art.* 156 c.c. e assegno di divorzio *ex art.* 5, l. div.) evoca dibattiti ampi, talora a fasi e vicende alterne. L’abbandono della rilevanza della colpa quale presupposto per la separazione personale, in una con l’unanime affermazione del carattere assistenziale del mantenimento ha condotto, negli ultimi trenta trent’anni, ad un intenso ripensamento della materia, che, oggi, appare rinvenire nella riforma introduttiva all’affidamento condiviso più conferme che smentite. Per ciò che attiene, più specificamente all’assegno divorzile, il dibattito sulla relativa natura disponibile, che ha caratterizzato la materia in esame sin dall’entrata in vigore della l. div., ha visto passare l’opinione prevalente da una posizione piuttosto possibilista ad una totale chiusura dopo l’entrata in vigore della l. n. 74/87, la quale, specificando, da un lato che la corresponsione *una tantum* possa avvenire solo “se ritenuta equa dal tribunale”, ed esaltando, dall’altro, con il famoso inciso “mezzi adeguati”, il carattere assistenziale dell’assegno, ha inciso su entrambi gli argomenti usualmente adottati per desumere il carattere irrinunciabile del diritto. Le timide aperture della Corte di Cassazione nella nota sentenza n. 1305 del 6 aprile 1977, ove si sanciva la disponibilità dell’assegno di divorzio limitatamente alla sua componente risarcitoria e compensativa, trovavano, dunque, un’inversione di rotta nella giurisprudenza degli anni successivi, fondata sulla discutibile tesi dell’incidenza degli accordi regolativi della separazione sulla libertà della condotta processuale e sulla mercificazione dello *status* coniugale. Epperò la conclusione che fonda il carattere indisponibile dell’assegno di divorzio sulla natura assistenziale del medesimo solleva svariate perplessità. Non pare il carattere assistenziale esoneri l’avente diritto dall’onere della proposizione di una apposita domanda, non essendo determinato tra i coniugi l’assegno *ex officio* – il ché appare incompatibile con la natura indi-

⁴⁷ G. OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del tribunale di Torino*, in *Fam. e dir.*, 2012, 8-9, 807.

⁴⁸ F. PINTO, *La separazione consensuale*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, trattato diretto da G. FERRANDO, Bologna, 2007, I, 690.



sponibile d'esso. S'aggiunga poi che il beneficiario pur potrebbe, per svariati motivi, accontentarsi di un assegno inferiore rispetto a quello spettantegli per legge, senza che al riguardo il tribunale né il pubblico ministero possano avere alcunché a ridire⁴⁹.

Il classico richiamo, dipoi, all'art. 160 c.c., appare del tutto “fuori luogo”: “ritenere che il dovere di contribuzione rimanga inalterato addirittura nonostante la pronuncia di divorzio, significa conservare, per quanto si può, la mistica dell'indissolubilità, favorendo il ritorno alla tesi del carattere pubblicistico del matrimonio, come atto al di sopra della volontà dei singoli, in palese contrasto con il pensiero dominante (*rectius*, con la concezione contemporanea di matrimonio), oltre che con la giurisprudenza della stessa Corte di legittimità, che non ha mancato di negare, nella maniera più radicale, che nel nostro ordinamento, possa attribuirsi al matrimonio effetti di tipo ultrattivo”⁵⁰. Del resto, il contesto storico in cui la norma è nata (la storia dell'art. 160 c.c. insegna che essa è erede dell'art. 1379 c.c. 1865, a sua volta mutuata da quell'art. 1388 *Code Napoléon* che non poche polemiche aveva sollevato in sede di lavori preparatori), la sua collocazione “topografica” all'interno di un insieme di articoli (quelli in materia di regime patrimoniale della famiglia) miranti a disciplinare gli effetti d'ordine economico dell'unione coniugale nella sua fase fisiologica, nonché la scelta lessicale del termine «sposi» in luogo di «coniugi» operata dal legislatore sembrano escludere l'operatività ed il “dilagare della disposizione”⁵¹ nonché del relativo “dogma dell'indisponibilità”⁵² in relazione alla fase postmatrimoniale ed alla situazione di crisi coniugale nel suo complesso, separazione compresa.

3. In giurisprudenza (è un diritto, il nostro, del resto, “dal passo lento”!) si sono avventurati sporadici e involuti segnali di apertura, tracciando una indolente ma inesorabile evoluzione nel tempo. Anni addietro è stata ammessa la validità, per conformità all'ordine pubblico internazionale, di un accordo stipulato da coniugi statunitensi residenti in Italia, durante il matrimonio e in vista del divorzio⁵³. Una più recente decisione della Suprema

⁴⁹ Cfr V. CARBONE, *L'assegno di divorzio tra disponibilità ed indisponibilità. Nota a Cass.*, 4 giugno 1992, n. 857, in *Corr. Giur.*, 1992, 856.

⁵⁰ Così, G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2012, 1, 85. Cfr. altresì G. DORIA, *Autonomia privata e “causa” familiare. Accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, 73 ss.

⁵¹ L. OLIVERO, *L'indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, Torino, 2008, 107 ss.

⁵² P. BERNARDINI FABBRANI, *I patti prematrimoniali: la necessità dell'intervento del legislatore, relazione al Convegno La famiglia nel terzo millennio. Convivenze, patti prematrimoniali, scioglimento consensuale del matrimonio*, Alghero, 6 maggio 2006, 3.

⁵³ Cass., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1985, 579: «L'accordo, rivolto a regolamentare, in previsione di futuro divorzio, i rapporti patrimoniali fra coniugi, che sia stato stipulato fra cittadini stranieri, (...) sposati all'estero e residenti in Italia, e che risulti valido secondo la legge nazionale dei medesimi (...) è operante in Italia, senza necessità di omologazione o recepimento delle sue clausole in un provvedimento giurisdizionale, tenuto conto che l'ordine pubblico, posto dall'art. 31 delle citate disposizioni come limite all'efficacia delle convenzioni fra stranieri, riguarda l'ordine pubblico cosiddetto internazionale, e che in tale nozione non può essere incluso il principio dell'ordinamento italiano, circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio, il quale attiene all'ordine pubblico interno e trova conseguente applicazione solo per il matrimonio celebrato secondo l'ordinamento italiano e fra cittadini italiani».



Corte, pur riaffermando il tradizionale principio della nullità delle intese concluse in sede di separazione, con valore inteso dalle parti come vincolante anche per il divorzio, ha rigettato la domanda di nullità di un accordo preventivo sull'ammontare dell'assegno di divorzio, sulla base del pretesto che l'invalidità era stata invocata nella specie non dal coniuge avente diritto all'assegno, bensì dall'altro, che di tale assegno avrebbe potuto essere onerato. La Consulta così perviene, con una operazione ermeneutica contorta e spericolata, al risultato paradossale di trasformare – al di fuori di ogni previsione di legge – la nullità per violazione di regole d'ordine pubblico in una sorta di nullità relativa, azionabile soltanto dal coniuge avente diritto all'assegno (e quindi economicamente più debole), con buona pace di quanto disposto dall'art. 1421 c.c. In altri termini, il Supremo Collegio, nel tentativo di mitigare le conseguenze più inaccettabili di proprie posizioni sbagliate, di addivenire ad un risultato concreto “equo” senza intaccare le impalcature generali concettuali tradizionalmente seguite, non ha esitato, mercé il ricorso ad un sottile distinguo che ricorda la *baarspaltemaschine* di Jheringiana memoria⁵⁴, a violare i più elementari principi dell'ordinamento giuridico⁵⁵.

Senza poi considerare l'erronea e falsa applicazione per opera della Corte dell'art. 3 della Costituzione: non può tacersi ch'esso proclami la pari dignità sociale e l'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge senza distinzione, in primo luogo di sesso e come non paia affatto la pronuncia si armonizzi perfettamente con tal precetto, profilandosi piuttosto una ingiustificata disparità di trattamento tra la posizione del coniuge beneficiario dell'assegno (moglie) e quella dell'altro coniuge (marito) che, secondo i criteri dell'art. 5 l. divorzio, potrebbe esserne gravato. Il testo della Cassazione sembra affiorare dalle nebbie del passato e riflettere una concezione dei rapporti tra coniugi del tutto fuori del tempo, che si traduce nell'ossessiva esigenza di protezione del coniuge più debole, – concezione, invero, formata nel periodo dal 1970 al 1975, allorché il potere di scioglimento del vincolo era coesistito con una disciplina dei rapporti familiari che privilegiava la posizione del marito capo della famiglia (normale percettore del reddito e detentore della capacità economica familiare) e l'immagine della donna quale *mater familias*, sfiancata badando alla casa e all'allevamento dei figli, abbandonata poi senza sostanze e senza reddito dal cattivo marito che vuol sciogliersi dal vincolo.

Ebbene, l'immagine di una cupa situazione di miseria, in cui la moglie, spossata dalle fatiche, si trova al momento dello scioglimento del matrimonio è quanto mai efficace per manifestare i dubbi e le perplessità dell'interprete innanzi alla reiterata affermazione da parte della giurisprudenza della Corte dell'esigenza (in ogni caso) prioritaria di protezione del coniuge più debole: “la situazione dei coniugi in sede di separazione o di divorzio non può essere pensata unilateralmente, con riguardo alla tutela del coniuge più debole, il quale sia, per definizione la donna. Il coniuge da proteggere non è uno solo, ma sono due. Non si

⁵⁴ G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella baarspaltemaschine*, in *Fam. e dir.*, 2013, 4, 324; ID., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2012, 1, 80. *Ivi* la riflessione sul metodo utilizzato dalla Cassazione in tema di accordi preventivi ed il rinvio al «cielo dei concetti giuridici» ed alla meravigliosa «macchina spaccacapelli» su cui il giurista tedesco sovente ironizzava (cfr. R. VON JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, trad. it., Firenze, 1964, 280).

⁵⁵ Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Famila*, 2001, 245, con nota di G. FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*. Cfr. altresì Cass., 1 dicembre 2000, n. 15349, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1592 ss.; Cass., 3 marzo 2006, n. 5302, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, f. 4; e Cass., 13 gennaio 2012, n. 387, in *Fam. dir.*, 2012, 772 ss., con nota di A. ARCERI, *Gli accordi sul godimento della casa familiare al vaglio della Cassazione*.



può pensare in termini di un coniuge, ma si deve pensare in termini di due coniugi. La protezione giuridica non è e non può essere unilaterale, ma deve estendersi a tutte le situazioni possibili, a tutti i vari interessi dei coniugi, che alla stregua dei valori emergenti dal sistema siano da considerare meritevoli di tutela (...) Il divorzio è un diritto potestativo. Non è sufficiente apprestare la protezione giuridica al coniuge più debole, ma occorre apprestarla anche a quello più forte economicamente per evitare approfittamenti, ricatti; insomma, occorre rifuggire dalla configurazione del matrimonio (presente più di quanto non si creda) come una vera e propria sistemazione patrimoniale, come acquisizione di un potere che legittima ad una 'spremitura' dell'altro coniuge oltre ogni limite di razionalità e di senso comune⁵⁶.

Piuttosto allora che optare, ancora una volta, per una posizione di compromesso, divisa tra l'esigenza di salvaguardare nel procedimento di divorzio la libertà di difesa del coniuge interessato ad opporsi alla domanda ed istanze di giustizia sostanziale, dettate, a ragione o a torto, dalla necessità di tutelare il coniuge più debole, la dottrina nell'auspicare l'adozione di un rimedio diverso da quello della nullità dei contratti tra coniugi stipulati in vista della cessazione del *ménage*, invita ad indulgere a soffermarsi ad analizzare, invece e soprattutto, il rapporto esistente tra la tutela dei soggetti c.d. deboli predisposti dalla legge ed il ruolo dell'autonomia privata, da un lato, e tra quest'ultima e l'intervento del giudice, dall'altra.

Non può non riconoscersi all'autonomia negoziale dei coniugi interessati il ruolo di fonte principale delle regole destinate a presiedere alla crisi del matrimonio, in sostituzione o in alternativa alla legge. Peraltro, la stesa disciplina legale degli istituti tipici della risoluzione della crisi, quali la separazione ed il divorzio, pur con innegabili elementi di distinzione, ben si presta ad una lettura sistematica attenta alle logiche confluente, più che alle formali divergenze: di là dal mero ossequio formale a formule che vengono sovente riempite di contenuti diversi, infatti, nella separazione e nel divorzio ciò che sembra assumere un rilievo crescente è la necessità di tener conto della nuova situazione che viene a determinarsi con la cessazione della convivenza⁵⁷. Una volta raggiunto quale punto fermo quello di non confinare nel campo dell'illecito gli accordi patrimoniali stipulati in sede di separazione e divorzio e destinati a regolare i rapporti per il tempo successivo allo scioglimento del matrimonio, urge piuttosto affrontare il problema dei limiti entro i quali possa esplicarsi l'autonomia negoziale coniugale, *i.e.* precisare, in altri termini, i principi e le regole da applicare per esercitare un controllo (ad opera del giudice) su quei patti che derogano o comunque interferiscano con la disciplina legale posta a tutela del coniuge o dei figli minori. Compito, invero, non semplice comportando la scelta d'essi l'esercizio di un equilibrio di complessa realizzazione, dovendo al più utilizzarsi, da parte del giudice, adattandoli alla specificità del diritto di famiglia, azioni e rimedi del diritto dei contratti per l'esigenza di protezione di interessi inerenti la sfera personale ed esistenziale del soggetto⁵⁸.

⁵⁶ E. RUSSO, *Il divorzio "all'americana"; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, in *Foro it.*, I, 1319-1331.

⁵⁷ L. ROSSI CARLEO, *Dalla fisiologia alla patologia del matrimonio: analogie e diversità tra nullità, separazione e divorzio*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, trattato diretto da G. FERRANDO, vol. I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, Bologna, 2007, 563.

⁵⁸ Il superamento del supposto antagonismo tra contratto e famiglia è registrato da E. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2001, 60 ss. Al riguardo si veda altresì A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 53 ss, a parer del quale: "nel sistema normativo vigente, la negozialità, e poi la contrattualità, non costituisce un risultato da acquisire, quanto



Epperò, a dispetto di taluna dottrina più propensa al ricorso di “accordi determinativi di obblighi legali” che allo strumento del contratto e alle sue regole, è da sottolinearsi come il diritto dei contratti non sia affatto “nuovo” nell’affrontare le esigenze di tutela dei soggetti deboli – si tratti di lavoratore, consumatore o categorie svantaggiate altre. Il diritto dei contratti di origine comunitaria ed europea, nella sua evoluzione, ha individuato nuovi ed appropriati strumenti per porre rimedio alle situazioni di squilibrio contrattuale, sempre più aderendo ad un nuovo paradigma che vuol sostituire alla logica degli uguali la considerazione delle condizioni di potere economico in cui le parti versano, “destrutturare l’assioma della neutralità del diritto rispetto ai protagonisti delle transazioni per riconoscere rilevanza alle concrete situazioni di asimmetria di potere che possono configurarsi sul mercato”. Varrebbe, quindi, la pena di coltivare con attenzione la via contrattuale per regolare gli accordi tra i coniugi, non potendo di certo offrire una soluzione soddisfacente per gli squilibri e le dinamiche attualmente presente nel diritto di famiglia l’idea di “rinserrarsi all’interno di un sottosistema chiuso”⁵⁹. Seppure la lettura di pronunce di giudici appartenenti ad ordinamenti vicini appare delineare i contorni d’un quadro dickensiano – si pensi al caso di un matrimonio subordinato alla conclusione di un contratto con cui la donna, già madre di un figlio nato da una pregressa relazione ed, al tempo, in attesa d’un altro figlio dal convivente, aveva rinunciato ad ogni diritto in caso di divorzio⁶⁰ –, il possibile uso distorto dell’autonomia negoziale non giustifica, tuttavia, la possibile preferenza, nel diritto di famiglia, del paternalismo legislativo all’autonomia dei contraenti: il controllo fondato sulla nullità è senz’altro il meno efficiente, sacrificando indistintamente anche accordi garanti di assetti ottimali nell’organizzazione degli interessi familiari; e, al contempo, non assicurando, in termini di politica del diritto, la promozione dell’eguaglianza morale e giuridica, affatto realizzabile attraverso norme di divieto che limitino l’autonomia individuale⁶¹.

Proprio in questa prospettiva, le resistenze appaiono ancor più ingiustificate: negare tale possibilità, in un momento di divenire storico-giuridico che appare orientato verso parametri di autonomia contrattuale, sarebbe troppo “*tranchant*” e produrrebbe un effetto di-

piuttosto un dato da cui occorre prendere le mosse per verificare quale sia il regime di disciplina coerente con l’autoregolamentazione degli interessi in materia familiare (...). Si tratta, allora, di verificare a quali condizioni, e in che limiti, sia possibile ricostruire una disciplina del contratto incidente nell’area degli interessi familiari *coerente* con il coinvolgimento dei valori personalistici ed esistenziali delle parti”.

⁵⁹ I virgolettati sono di M. R. MARELLA, *Gli accordi tra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in G. FERRANDO (a cura di), *Separazione e divorzio*, in *Giur. sist. Bigliani*, I, 2, Torino, 153.

⁶⁰ V. BVerfG, 6 febbraio 2001, in *NJW*, 2001, 957 ss., ed in *Famiglia*, 2002, 203 ss., con nota di P. GEURTS, *Accordi coniugali in vista del divorzio e tutela del partner debole*; nonché in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 57, con nota di E. BARGELLI, *Limiti all’autonomia provata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*. La fondamentale pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*, in base alla quale gli accordi in vista del divorzio devono essere sottoposti ad un penetrante controllo per garantire il rispetto dei principi di cui all’art. 2, comma 1, in collegamento con l’art. 6, comma 4, *Grundgesetz*, impone ai Tribunali di rispettare l’autonomia privata (art. 2, comma 1, GG), allorché l’accordo sia il frutto di una negoziazione tra soggetti in posizione paritaria, e di incidere sul regolamento di interessi laddove, invece, vengano lesi i diritti fondamentali di una delle parti o dei figli – impiegando il diritto costituzionale per “proteggere l’autonomia privata da se stessa” (testualmente, A. FUSARO, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2015, 241). Si veda altresì, nella stessa traiettoria costruttiva, la rilevante pronuncia della Corte costituzionale tedesca del 29 marzo 2001, in *FamRZ*, 2001, 985 ss.

⁶¹ Cfr. M. V. BALLESTRERO, *Dal divieto del lavoro notturno femminile all’autodeterminazione delle donne*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, I, 569 ss.



scriminatorio in un campo, quale quello familiare, che, oggi più che mai, necessità di tutela preventiva e di ampia libertà tra i coniugi stessi anche in vista di una sistemazione patrimoniale dell'assetto familiare conseguente alla crisi (basti pensare alle molteplici applicazioni pratiche di istituti tipici per finalità atipiche, quale, ad esempio, il *trust* o il vincolo di destinazione ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645 *ter* c.c., utilizzati quali strumenti di segregazione patrimoniale in vista della crisi familiare e contemplati, a livello operativo, pur negli accordi di separazione omologati innanzi all'autorità giudiziaria competente). Eppure, i giudici di legittimità, ancora una volta, sembrano voler evitare di attaccare frontalmente l'orientamento tradizionale, preferendo aggirarlo (con un ennesimo *escamotage!*) attraverso inediti percorsi argomentativi, i quali, però, espongono al rischio di un utilizzo distorto delle categorie concettuali, nella sentenza del 21 dicembre 2012, n. 23713⁶², ove, si è, sostanzialmente attribuito rilievo ad un patto raggiunto in sede di separazione, sebbene con una chiara valenza divorzile e postdivorzile. Oggetto della controversia era un accordo, stipulato dai nubendi il giorno prima del matrimonio, con il quale si prevedeva che la moglie, in caso di fallimento del matrimonio (separazione o divorzio), avrebbe trasferito al marito un immobile di sua proprietà quale indennizzo delle spese sostenute da quest'ultimo per la ristrutturazione di altro immobile, pur sempre di proprietà della moglie, da adibirsi a casa coniugale; a "saldo" – si prevedeva altresì nella scrittura privata – il marito avrebbe trasferito in favore della moglie un titolo di stato del valore di euro 10.329,14. La ricorrente qualificava l'accordo come prematrimoniale, nullo in quanto tale per la giurisprudenza italiana, giacché diretto a limitare la libertà di agire e difendersi in sede di divorzio, costituendo una sorta di "prezzo del consenso al divorzio", e perché in contrasto con i principi di indisponibilità degli *status* e dello stesso assegno di divorzio. Impugnava, pertanto, la sentenza resa dalla Corte d'Appello di Ancona, che aveva ritenuto valido ed efficace l'accordo, chiedendo ne fosse dichiarata la nullità.

La Corte di Cassazione, nell'esaminare la vicenda alla luce dei precedenti giurisprudenziali e delle serrate critiche dottrinali, ha ritenuto di qualificare l'impegno negoziale preso dalla moglie nella scrittura privata sottoposta al suo sindacato quale "sorta di *datio in solutum*", collegata alle spese affrontate dal marito per la sistemazione dell'immobile altro adibito a casa coniugale – non già, dunque, come un patto prematrimoniale nell'accezione del *prenuptial agreement* di diritto anglo-americano, che regola l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante d'esso (es. entità assegno divorzile), bensì come un contratto che deriva dalla libera espressione dell'autonomia negoziale delle parti, caratterizzato da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali, volto a regolare rapporti giuridici patrimoniali ben definiti e circoscritti, nell'ambito del quale si inserisce, sotto forma di elemento accidentale, la fine del rapporto di coniugio.

In quest'ottica, il divorzio è degradato da «causa genetica» a mero «evento sospensivo» della efficacia dell'accordo: secondo la ricostruzione della Corte, la crisi della famiglia non costituisce il profilo funzionale quanto una mera condizione dell'accordo, la rilevanza della quale viene ulteriormente chiarita attesa la sua immanenza ad una relazione di stretta solidarietà tra i coniugi nell'ambito della quale – qui il messaggio innovatore della sentenza – «può sicuramente ipotizzarsi i rapporti di dare e avere patrimoniale subiscano, sul loro

⁶² Cass., 13 gennaio 2012, n. 387, in *Fam. e dir.*, 2012, 772.



accordo, una sorta di quiescenza, una sospensione appunto, che cesserà con il fallimento del matrimonio, e con il venir meno dei doveri e dei diritti coniugali». «La Corte di Cassazione sembra intenzionata, in altre parole, a mutare la prospettiva d'indagine: non già la famiglia come nucleo immodificabile, nell'ambito del quale è moralmente disdicevole mantenere separati gli interessi patrimoniali dei coniugi, bensì due soggetti giuridici, uniti tra loro in matrimonio, che (ciononostante) possono interagire tra loro mediante la stipulazione di accordi negoziali. Lo speciale *status* dei coniugi non è più una valida ragione per limitare la loro autonomia negoziale, come interpretazioni più risalenti sembrerebbero talvolta suggerire, ogniquale è stato pacificamente accettato un generico ed illimitato divieto di stipulare accordi al di fuori di quelli espressamente regolati dalla legge. Al contrario, detto *status* si presta a fungere da condizione sospensiva dell'equilibrio contrattuale⁶³ – una condizione lecita (in quanto, in assenza di significativi squilibri tra le prestazioni, è inidonea a condizionare la libertà di volere dei coniugi rispetto alla scelta di divorziare) di un contratto atipico sicuramente diretto a regolare interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c.

Non si giunge, dunque, – in relazione alla proclamata illiceità della causa degli accordi prematrimoniali –, come sarebbe stato auspicabile, ad asserire che lo spostamento patrimoniale giustificato dallo scioglimento del rapporto coniugale non sia illecito, ed anzi sia meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c., limitandosi il giudicante a spostare il problema dal piano della causa a quello della condizione. Epperò, seppur il principio interpretativo recepito nella sentenza in esame possa apparire di sin troppa cauta apertura all'interprete orientato ad un più ampio riconoscimento della libertà contrattuale nell'ambito dei rapporti familiari – non legittimando *tout court*, come avvenuto in una coeva pronuncia di merito rimasta isolata⁶⁴, la possibilità di stipulare contratti aventi causa nello scioglimento del vincolo matrimoniale⁶⁵ –, ad una più attenta disamina circoscrive considerevolmente l'ambito di applicazione del divieto rispetto all'impostazione tradizionale. Conservando soltanto il divieto di stabilire preventivamente l'entità del mantenimento del coniuge e dei figli, e ribadendo il principio della relatività della nullità, la Suprema Corte afferma, a noi sembra, in effetti, un principio di libertà contrattuale tra i coniugi quanto più ampio possibile, nei limiti

⁶³ Così I. MARGELLI, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra i coniugi*, in *Rass. dir. priv.*, 2014, 3, 903.

⁶⁴ Trib. Torino, 20 aprile 2012, in *Fam. e dir.*, 2012, 8-9, 803 ss., con nota di G. OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*.

⁶⁵ Altra rilevante apertura è ben rappresentata dalla sentenza della Cass., 6 febbraio 2009, n. 2997 (in *Fam. e Min.*, 2009, 5, con nota di M. FIORINI, *Gli accordi tra coniugi prima e dopo la crisi*). In una fattispecie concreta che aveva visto due coniugi “separati di fatto” sottoscrivere una scrittura privata per la regolamentazione dei reciproci rapporti economici (e verso i figli), disattesa poi dal marito richiedente la dichiarazione di nullità dell'accordo per effetto della presupposizione (stante la circostanza della trasformazione del procedimento da consensuale a giudiziale), la Suprema Corte ha ordinato fosse dato puntuale adempimento alle prestazioni previste nelle intese raggiunte in precedenza, osservando come “l'interpretazione del contratto e degli atti di autonomia privata” costituisca “attività riservata al giudice di merito”, che, nel caso di specie, aveva già logicamente argomentato. E ha, in conseguenza, riconosciuto rilevanza ai contratti conclusi dai coniugi durante la crisi matrimoniale, volti alla regolamentazione di questioni economiche pur rispetto ai figli maggiorenni, nella misura in cui operino su un piano diverso rispetto alla separazione personale, sotto il profilo e dell'oggetto e della causa (l'accordo stipulato dai coniugi in vista della futura separazione, se interpretato dal giudice di merito quale intesa volta a eliminare possibili controversie su questioni patrimoniali estranee alla separazione, anche riguardanti i rapporti con i figli, è censurabile in sede di legittimità soltanto per violazione dei criteri legali di ermeneutica contrattuale, ovvero per vizi di motivazione”).



del sistema normativo vigente, ben potendo sì costituire il punto apicale (o nodale) di un percorso interpretativo che, mirando ad un progressivo e più ampio riconoscimento dell'autonomia negoziale pur nel settore del diritto di famiglia – il “meno privato del diritto privato”⁶⁶ – da tempo sembrerebbe suggerire al legislatore un significativo adeguamento della legge al mutato contesto sociale⁶⁷.

Da ultimo, del resto, l'apertura, anche in punto di principio, appare divenire ben più consistente: nella recente sentenza della Suprema Corte del 3 dicembre 2015, n. 24621⁶⁸, si esclude che l'interesse della famiglia sia superiore e trascendente rispetto a quelli coordinati e collegati dei suoi singoli componenti, e si ammette “sempre più frequentemente un'ampia autonomia negoziale, e la logica contrattuale, seppur con qualche cautela”. Sempre nel solco dell'autosufficienza delle pattuizioni dei coniugi assunte a prescindere dall'intervento del giudice, la decisione in oggetto continua affermando poi che la giurisprudenza della Corte è rimasta per lungo tempo orientata per la nullità dei patti, ma che “giurisprudenza più recente ha sostenuto che tali accordi non sarebbero di per sé contrari all'ordine pubblico”. La Cassazione afferma come l'accordo delle parti in sede di separazione o divorzio abbia natura sicuramente negoziale e talora dia vita ad un vero e proprio contratto, e comunque vi siano applicabili alcuni principi propri della relativa disciplina: le parti possono dunque validamente regolare interessi di carattere patrimoniale ai margini del giudizio di separazione.

4. “La sfida per il diritto contemporaneo della famiglia parrebbe quella di demolire la muraglia cinese costruita tra società e diritto durante la modernità giuridica e riscoprire la natura autentica di questo quale ordinamento della società, recuperando quella onticità che lo statalismo moderno ha per un verso depauperato e per l'altro profondamento alterato”⁶⁹.

In questa prospettiva, si registra, da contraltare alle timide aperture giurisprudenziali, un discreto dinamismo in sede parlamentare: proposte di legge varie sono state avanzate, condivisibili tutte sicuramente per ciò che attiene alla *ratio* che le ha sorrette, benché non poche siano state le perplessità derivanti dall'armamentario normativo predisposto. Ci si intende qui riferire al D.D.L. S/2629 (XVI), d'iniziativa dei senatori Filippi, Garavaglia e Mazzatorta, comunicato alla Presidenza del Senato il 18 marzo 2011, recante il titolo «Modifiche al codice civile e alla l. 1° dicembre 1970 n. 898, in materia di patti prematrimoniali»; al lodevole «Disegno di legge sulla introduzione degli accordi matrimoniali e prematrimo-

⁶⁶ I. TARDIA, *Gli «accordi prematrimoniali»*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 1, 273.

⁶⁷ Dopo la Prima Sezione, che con la sua Sentenza n. 23713 del dicembre 2012 aveva ritenuto validi gli accordi “traslativi” di una proprietà immobiliare tra coniugi, come “*datio in solutum*” rispetto alle spese affrontate da uno in favore dell'altro, per la ristrutturazione della “casa coniugale” considerando, anche in questo caso, come il “caso della separazione personale” fosse un mero “evento sospensivo” e come tale condizione lecita, anche la Terza Sezione del Supremo Collegio con sentenza del 21 agosto 2013 n. 19304 arriva a prevedere la liceità di quegli accordi economici tra i coniugi che pur richiamandosi al momento separativo, non lo prevedano come “causa genetica” dell'obbligo di una prestazione economica tra gli stessi, ma lo considerino come elemento, verificatosi il quale, la “condizione sospensiva” cessa di avere la sua efficacia e l'obbligazione può legittimamente essere richiesta e posta in essere.

⁶⁸ In *CNN Notizie, Segnalazioni Novità Giurisprudenziali*, del 18 dicembre 2015, con nota di F. TRESKA, *La Cassazione consolida il suo orientamento sugli accordi transattivi sottoscritti dai coniugi in corso di separazione, sostenendo l'efficacia degli stessi anche se non omologati dal giudice*.

⁶⁹ Così M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 3, 609.



niali», presentato dall'A.M.I. (Associazione Avvocati Matrimonialisti Italiani) il 20 luglio 2011; nonché, alla proposta elaborata dal Notariato e presentata nel 2011 al Congresso Nazionale del Notariato di Torino, piena dei vantaggi propri di un prodotto predisposto da esperti pienamente consapevoli di molte delle implicazioni che la delicata operazione di inserimento di una novellazione normativa nel senso auspicato comporta. La tendenza comune è quella di procedere con un'anticipazione e velocizzazione degli effetti della crisi coniugale, nel perseguimento dell'obiettivo "di risolvere l'annoso problema dei tempi del processo di separazione e divorzio", deflazionare il carico di lavoro della magistratura, ridurre i costi e disincentivare le separazioni⁷⁰. E' fuori dubbio – benché emerga chiaramente una preoccupazione di fondo, *i.e.* la derivazione dalla ammissibilità e dalla costruzione di un siffatto istituto di una spinta incontrollata verso la disgregazione del vincolo coniugale, già esposto alle macchinazioni della postmodernità – che gli accordi regolatori di un momento così delicato siano idonei ad apportare il beneficio di una maggiore certezza sulle posizioni giuridiche di base, circostanza che, per l'appunto, ben potrebbe stimolare una drastica riduzione dell'utilizzo dello strumento processuale e del diritto sostanziale per scopi altri ed ulteriori rispetto a quanto istituzionalmente previsto, in analogia a quanto di recente sostenuto dalla dottrina ed accolto pur dalla giurisprudenza rispetto alla tematica dell'abuso del diritto.

Dalle aperture della giurisprudenza di legittimità si è evinto, peraltro, il tentativo di un allineamento ai sistemi *nordamericani*, ove, al termine di un'evoluzione storica non scevra di contraddizioni, nella quale un ruolo centrale ha giocato l'introduzione della regola del divorzio senza colpa (c.d. *no fault divorce*), tale genere di accordi (i c.dd. *prenuptial agreements in contemplation of divorce*) si è assai diffuso. Considerati i singoli Stati della Federazione, la disciplina delle esaminande intese è assai eterogenea, difettando una specifica legislazione a livello federale. Purtuttavia, sono stati elaborati progetti di uniformazione della materia, concretizzati all'interno dello *Uniform Premarital Agreement Act (U.P.A.A.)*⁷¹ del 1983 e dei *Principles of the Law of Family Dissolution*, redatti dall'*American Law Institute* e pubblicati nel 2002⁷².

Nell'esperienza giuridica britannica a lungo l'assenza di regole sull'attribuzione della proprietà in costanza di matrimonio analoghe a quelle che in altri paesi prescrivono il regime della comunione dei beni ("con la conseguenza che al matrimonio si applicano le ordinarie regole sulla proprietà dei beni, che prevedono la titolarità esclusiva in capo a chi acquista, indipendentemente dal suo stato di coniugato o meno"⁷³), nonché l'ampia portata dei poteri attribuiti al giudice in sede di definizione dei rapporti patrimoniali tra coniugi nei casi di nullità del matrimonio, divorzio e rottura di una convivenza (con un residuo esiguo spazio per l'autonomia negoziale), avevano costituito fecondo *humus* per l'insorgere dell'idea che gli accordi prematrimoniali, giacché volti in qualche modo a favorire il divorzio, fossero *against public policy and void*. Abbandonato l'atteggiamento statalista, secondo il quale alla giu-

⁷⁰ Presentazione del D.D.L. n. 2629, nel sito <http://www.senato.it>.

⁷¹ Redatto dalla *Uniform Conference of Commission on Uniform State Laws* e pubblicato nel 1983.

⁷² G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 71; ID., *Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce: European and Italian Perspectives*, cit., 141 ss.; E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, cit., 544; A. FUSARO, *Marital contracts, Ehevertraege, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, cit., 478 ss.; A. LAS CASAS, *Accordi prematrimoniali, status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contratti*, 2013, 10, 917 ss.

⁷³ V. DE VELLIS, V. TAGLIAFERRI, *I patti prematrimoniali*, in *Officina del Diritto. Famiglia e successioni*, 2015, 3, 14.



risdizione nazionale spetta la competenza esclusiva a decidere in merito alle questioni di maggiore rilievo, incluse quelle attinenti i rapporti patrimoniali tra i coniugi, solo con l'ormai notissimo caso con profili di internazionalità *Radmacher vs Granatino*, nel 2009, la *Court of Appeals*, per mano di *Lord Justice Mathew Thorpe*, ha letteralmente demolito ogni limite al riconoscimento pur nell'ordinamento inglese degli *ante-nuptial contracts*, superando così definitivamente le resistenze emerse nel corso di tutto il Novecento (*Hyman v. Hyman*, 1929; *Miller v. Miller*, 2006; *Ella v. Ella*, 2007). La Corte Suprema del Regno Unito nel 2010 ha confermato la decisione d'appello, sancendo in via definitiva la validità degli accordi *de quibus* e la regola secondo cui “*The court should give effect to a nuptial agreement that is freely entered into by each party with a full appreciation of its implications unless in the circumstances prevailing it would not be fair to hold the parties to their agreement*”⁷⁴. Del resto, i giudici d'oltre Manica sembrano oggi assai più restii d'un tempo a procedere ad una allocazione e divisione del patrimonio accumulato durante la convivenza o alla previsione di assegni o attribuzioni patrimoniali d'altro genere in presenza di precisi accordi, i quali vengono intesi come *evidence of the parties intentions*, di cui la Corte non può non tener conto.

A fronte degli evidenti collegamenti, nel testo della menzionata pronuncia, tra i sistemi di *Civil Law* e quelli di Paesi altri, è interessante evidenziare come il diritto inglese abbia anche (e, forse, soprattutto) da questi ricevuto e fatto proprie influenze rilevanti.

Pur nei sistemi dell'Europa continentale – ove, poiché appartenenti alla tradizione di *Civil Law*, regole sostanziali sui rapporti patrimoniali tra coniugi difficilmente mancano e il giudice non svolge alcun ruolo nella distribuzione delle risorse accumulate in famiglia, se non decidendo sulle istanze in tema di alimenti e mantenimento –, infatti, è dato riscontrare, seppur in un variegato quadro, in una danza delle diverse culture⁷⁵, taluni atteggiamenti di riconoscimento della piena validità delle intese di carattere preventivo.

L'esperienza precodicistica francese aveva posto ampia enfasi sull'appartenenza delle convenzioni matrimoniali alla categoria contrattuale, sì valorizzando, in conseguenza, l'aspetto dell'autonomia coniugale: la dottrina d'oltralpe del XVIII secolo sosteneva, infatti, la possibilità per le parti di inserire qualsivoglia clausola, con il solo limite delle “*bonnes mœurs*”. Del resto, già nelle fonti giustiniane ampia libertà veniva riconosciuta nella stipulazione dei *pacta nuptialia*, come ricorda il noto brocardo “*Omnia pacta doctalia, quae sunt contra legem, serventur intacta*” – talché era dato poter riscontrare un'ampia casistica, dalle convenzioni volte ad escludere il regime di comunione nelle regioni ove questo era previsto come legale, a quelle in cui tale regime, invece, veniva introdotto, dalle clausole sulla liquidazione preventiva di diritti patrimoniali della moglie sui beni in comunione, a quelle sulla espressa esclusione di alcuni cespiti⁷⁶. Parimenti, sin negli studi prepadetistici, nell'ordinamento te-

⁷⁴ V. www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed68527.

⁷⁵ J. BREIDENBACH, I. ZUKRIGL, *Danza delle culture: identità culturale in un mondo globalizzato*, Torino, 2000.

⁷⁶ In Francia, il *Conseil Supérieur du Notariat*, nell'elogiare i pregi e le utilità dell'accordo prematrimoniale, simbolicamente qualifica lo stesso quale “*dîner à la carte*”: “*The marital regime establishes the rules that apply between the spouses, both during the marriage and afterwards, in the event of separation, divorce or death. To whom does the house belong? Who needs to maintain it? Or sell it? Who should pay the debts? If either spouse dies, will the children be able to claim their share? During a divorce, how will the assets be divided? For all these questions, French law allows you to choose from among a wide range of options. You can either agree to the fixed menu, so to speak, or you can pay a slight surcharge and dine à la carte. If you decide to go with the menu, there are no choices to make and nothing to plan for. Your marriage will be governed by the basic marital regime in French law: communauté de biens réduite aux acquêts, which means that everything you purchase after the*



desco – quadro normativo ricco di consuetudini locali – era emerso il *favor* (anche da parte dei giudici) verso la definizione in via contrattuale dei rapporti patrimoniali tra coniugi, accanto agli istituti di derivazione romanistica, quali la dote. Così in Germania⁷⁷, sulla scorta di una radicata tradizione storica (concezione protestante del matrimonio e introduzione del divorzio da epoca più remota), pur non rinvenendosi nella legislazione teutonica specifiche regole dedicate ai contratti prematrimoniali, da sempre si registra la disponibilità preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, quale manifestazione dell'autonomia privata in materia di convenzioni matrimoniali sancita dal par. 1408 BGB. I futuri coniugi, con atto pubblico davanti al notaio, possono stipulare convenzioni (*Eheverträge*) per predeterminare gli obblighi di mantenimento postdivorzili, dettare i criteri da adottare per la determinazione del *nachehelicher Unterhalt*, compreso financo la totale esclusione dell'assegno stesso o la negazione di ogni altra forma di liquidazione delle aspettative pensionistiche conseguente allo scioglimento del regime legale della *Zugewinnngemeinschaft* (comunione degli incrementi). Si ha, tuttavia, cura di evitare una tale disponibilità contrattuale ingeneri soluzioni squilibrate, mediante un controllo compiuto dal giudice⁷⁸, adottando i criteri di effettività attraverso il par. 138, c. 1, BGB – notoriamente sancente l'invalidità del contratto contrario al buon costume, quale ricorre laddove l'accordo sfoci in un assetto asimmetrico, – e di buona fede, vincolante l'esecuzione del contratto secondo il par. 242 BGB: così sono stati disapprovati e dichiarati invalidi gli accordi laddove sia emerso l'approfittamento dell'inesperienza o della labilità psichica, qualora la rinuncia al mantenimento appariva barattata con l'affidamento

marriage is jointly owned, even if you paid for it yourself. This is not a bad system, but it may prove unsuitable or incomplete in your case. When you dine à la carte, on the other hand, you decide on the marital regime you want and adapt it to your needs. A notaire, a member of the only profession authorised to prepare pre-nuptial agreements, will explain the various options available to you. He or she can draw up a customised marital regime based on the decisions you make. French law provides for great flexibility in property arrangements within marriage. For example, if you choose complete separation of property (séparation de biens) as your marital regime, nothing is held jointly. It's each spouse for him – or herself – almost like being single again! Neither your opportunities nor your risks are shared. But you can add a small degree of joint ownership (to cover your car or certain pieces of furniture, for example). Or you can go further and choose a regime with much broader joint ownership. You can even choose to place all of your assets under joint ownership. Another option is to adopt for what is known as participation aux acquêts, which combines separation of property and joint ownership. Under this arrangement, any assets purchased during the marriage remain separate but become jointly owned once the marriage ends. Regardless of the regime you choose, you can have personalised provisions inserted in the pre-nuptial settlement. For example, if one spouse dies, the surviving spouse can be authorised to select one asset in preference to the other heirs. We often forget that pre-nuptial agreements are not reserved for the wealthy. They simplify our daily lives and make it easier to manage important business. They allay our anxieties during those inevitable times in the life of every family. And under French law you have the option of changing your agreement in the future if need be. Find out?

⁷⁷ “In Germany prenuptial agreements are common. They allow on a broad basis to exclude financial welfare for the other spouse in the case of a divorce. This corresponds with the importance of the freedom of contract in German law. Spouses who have signed such a contract and have to face a divorce procedure are fully aware that they will not be granted any financial support in German jurisdiction. They therefore try to get another jurisdiction involved, where prenuptial agreements are declared null and void (case which was to read in press: Barbara Becker, wife of ex-tennis pro Boris Becker filed in Florida where the family had a holiday flat)”: Study to inform a subsequent Impact Assessment on the Commission proposal on jurisdiction and applicable law in divorce matters DRAFT FINAL REPORT to the European Commission DG Justice, Freedom and Security EPEC April 2006.

⁷⁸ Del resto, la Corte costituzionale tedesca ha confermato la piena conciliabilità tra la tutela dell'autonomia contrattuale e il controllo giudiziario sui contratti prematrimoniali: BVerfG, 6 giugno 2001, in *FamRZ*, 2001, 343 (pubblicata altresì in *Familia*, 2002, II, 203 ss., con nota di P. GEURTS, *Accordi coniugali in vista di divorzio e tutela del partner debole*); E. BARGELLI, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, *Riv. Dir. Civ.*, 2003, II, 57.



dei figli, o allorché un coniuge risultava pesantemente penalizzato, come in presenza di rinunce unilaterali volte ad escludere la tutela minima essenziale apprestata dalla disciplina divorzile.

Significativo si profila, dipoi, anche il raffronto con l'esperienza spagnola⁷⁹ del *Codi de família* catalano, il quale, disciplinando il contenuto dei *capítols matrimonials*, dispone all'art. 15: «*En los capítulos matrimoniales puede determinarse el régimen económico matrimonial, convenir heredamientos, realizar donaciones y establecer las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial*» (Nelle capitolarizzazioni patrimoniali si può stabilire il regime economico matrimoniale, convenire eredità, fare donazioni e stabilire le stipule e patti leciti che si reputino convenienti, anche in previsione di una rottura del matrimonio).

Il *divorce estate planning* è, peraltro, citato dagli studiosi dei Paesi Bassi quale paradigma di accordo preventivo per il caso di scioglimento del matrimonio⁸⁰.

Viepiù. La contemporanea presenza di due strumenti che permettono alle parti di scegliere, seppur nell'ambito delineato dalla normativa europea, sia la legge applicabile alla separazione e al divorzio sia la legge applicabile all'assegno di separazione o di divorzio (qualificate in ambito europeo come obbligazioni alimentari) – Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (Roma III)⁸¹ e Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla competenza in materia di obbligazioni alimentari⁸² – rappresenta una nuova frontiera nel diritto di famiglia che avvicina l'Europa alla disciplina già presente in altri paesi terzi; ed apre, dunque, ineluttabilmente, la questione degli accordi prematrimoniali.

Invero, il confronto con gli ordinamenti altri non può prescindere dal contenuto di un documento vincolante per tutti gli Stati membri della Comunità europea, quale la “Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”⁸³, nel cui Preambolo si profila l'impegno della Unione di “porre la persona al centro della sua azione”, e nel “rafforzare la tutela dei diritti

⁷⁹ Cfr. M. PAZ GARCIA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia*, *Jornadas de Dret Català a Tossa*, 2004.

⁸⁰ G. VAN DER BURGHT, J. E. DOEK, *Netherlands*, *Int. Encyclopaedia of Laws*, Vol. 3 – *Family and Succession Law*, 1999, par. 308 ss.

⁸¹ Si veda, in generale, *ex multis*, sul punto: P. FRANZINA (a cura di), *Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2011, 1435 ss.; B. NASCIBENE, *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, Milano, 2011; F. POCAR, *Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato europeo*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2011, 297 ss. Il primo caso di applicazione in Italia del Regolamento si è avuto con la sentenza del 18 dicembre 2012 n. 2063 del Tribunale di Treviso, il quale ha dichiarato lo scioglimento del matrimonio fra un cittadino italiano ed una cittadina messicana sulla base delle legge messicana oggetto di accordo fra le parti *ex art. 5* del regolamento (UE) n. 1259/2010.

⁸² Su quest'ultimo regolamento si rimanda a L. QUERZOLA, *Il Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla competenza in materia di obbligazioni alimentari*, in M. TARUFFO, V. VARANO, *Manuale di diritto processuale civile europeo*, Torino, 2011, 141 ss.; F. POCAR, I. VIARENGO, *Il Regolamento CE n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2009, 805 ss e A. PANCALDI, *La disciplina processualcivile delle obbligazioni alimentari alla luce del nuovo regolamento (CE) n. 4/2009*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 1352 ss.

⁸³ Il riferimento è alla Carta di Nizza 2000/C 364/01, pubblicata sulla GUCE del 18 dicembre 2000.



fondamentali”, e nel “promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile”, “nel rispetto delle diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli europei, dell’ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale”. La Carta sancisce all’art. 7 il diritto al rispetto della vita privata e familiare (e nel successivo art. 9 il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia). Ribadisce nell’art. 23 – accanto al principio di non discriminazione per motivi di “sesso, razza, colore della pelle o l’origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l’età o le tendenze sessuali” ex art. 21 – l’eguaglianza di genere, stabilendo che “la parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione”, e altresì prevedendo l’impiego di politiche positive funzionali a favorire il genere che non goda di idonea rappresentanza. Riserva altresì “protezione partecipativa” ai minori, cui viene riconosciuto il diritto di esprimere liberamente la propria opinione e, in specie nelle situazioni di rottura del vincolo coniugale, il diritto a mantenere con regolarità rapporti significativi e contatti diretti con entrambi i genitori, con il solo limite della non contrarietà al suo stesso interesse, “superiore e preminente” (ex art. 24 della Carta).

Essa vincola gli Stati aderenti alla Comunità europea alla piena applicazione, nell’ambito dei diversi ordinamenti, dei principi in essa contenuti – principi talvolta eterogenei, segni dell’evoluzione del diritto di famiglia, che pongono i sistemi giuridici e i giuristi di fronte all’esigenza di individuare parametri per riordinare le categorie dogmatiche tradizionali. Epperò, in un panorama giuridico così differenziato sotto il profilo dei c.d. *family agreements* ed in particolare delle intese regolanti la fase patologica del matrimonio, la possibilità di giungere alla definizione della c.d. *better rule*, ovvero della regola che, in un’ottica di ingegneria sociale e politica del diritto future, possa rappresentare il “migliore modello” in ambito europeo, appare quanto mai remota. Nel “teatro europeo” dove il principio della libera circolazione delle merci e delle persone è considerato cardine dello sviluppo comunitario, le differenze di qualificazione e di disciplina tra i vari stati membri appaiono, ad oggi, ancora difficilmente superabili; appare ancora di ardua soluzione l’individuazione di una disciplina uniforme per tutte le forme di famiglia.

Orientare gli operatori del diritto ed indirizzare gli Stati membri verso una progressiva e sempre minor ingerenza nell’ambito familiare allo scopo di valorizzare l’autonomia negoziale delle parti si profila essere la possibile strada da percorrere verso l’armonizzazione, temperando l’autoregolamentazione con le esigenze di tutela dei soggetti deboli, da individuarsi di volta in volta sulla base della fattispecie concreta. Ciò emerge dai risultati e dalle ricerche della *Commission on European Family Law* (CEFL), istituita nel settembre 2001 a Utrecht⁸⁴, composta da esperti ed accademici di famiglia e diritto comparato provenienti da tutti gli Stati dell’Unione europea, la quale, nel tentativo di individuare e formulare principi del diritto di famiglia europeo idonei per l’armonizzazione del diritto di famiglia nella comunità, ha sottolineato la tendenza verso una “sdrammatizzazione” del fenomeno divorzio (pur permanendo un adeguato livello di tutela verso i figli ed il coniuge più vulnerabile) ed incontestato favore verso forme consensuali di divorzio; ed ha (soprattutto) valorizzato il ruolo della libera negoziazione dei coniugi, i quali devono preferibilmente giungere alla

⁸⁴ Il manifesto è rappresentato dal volume collettaneo K. BOELE-WOELKI (a cura di), *Perspective for the unification and harmonization of family law in Europe*, Oxford-New York, 2003.



conclusione di un “*agreement*” e laddove necessario adire un giudice (*competent authority*) per la risoluzione di questioni relative al mantenimento ed alla relazione con la prole.

E’ evidente l’attuale rinnovata vitalità delineata per l’autonomia negoziale in ambito familiare – materia che di per sé ben si presta a molteplici piani di lettura, sincronici e dia-cronici, all’interno della stimolante dialettica tra il *nomos* al di fuori del soggetto e quello au-to-prodotto, tra la norma superiore ottriata e quella nata dagli scambi e dalle relazioni, che utilizza il diritto per conferire forma alla libertà stessa di decidere l’*an* ed il *quomodo*. Del pari, manifesta “è l’intrinseca idoneità di tale principio a superare i confini tradizionali dei classici rapporti contrattuali a contenuto economico sino a ricomprendere nella propria sfera concettuale e operativa anche gli accordi in cui l’interesse familiare sia organicamente compenetrato rispetto a quello patrimoniale, tanto da caratterizzarne in concreto la causa”⁸⁵.

Ne consegue, ineluttabile corollario di tali osservazioni, la necessità di una più attenta indagine e di un più acuta individuazione della autentica, concreta motivazione sottesa alla volontà stipulatoria di una intesa in vista della crisi coniugale – di là ed a prescindere dalla già menzionata finalità di predeterminare le conseguenze patrimoniali della interruzione della vita coniugale ed arginare così gli effetti in sede contenziosa.

Invero, la *ratio* sembra potersi ravvisare nel tentativo di voler evitare che la fase di negoziazione in esame avvenga nel momento complesso di apertura di una crisi, nel quale particolarmente arduo potrebbe rivelarsi il raggiungimento di un assetto soddisfacente per entrambi i coniugi. Esigenze simili si ripercuotono pur sul settore di diritto civile delle successioni per causa di morte, sì alimentando l’abolizione del divieto dei patti successori, in specie a seguito di interventi legislativi di rilievo, i quali, seppur la costituzionalizzazione del diritto civile, *id est* la lettura della disciplina del codice civile alla luce dei principi costituzionali, abbia appena sfiorato le successioni *mortis causa*⁸⁶, le quali “si sono mosse su un terreno del tutto sfalzato rispetto a quello che ha caratterizzato l’evoluzione della dottrina e della giurisprudenza nell’ultimo mezzo secolo”⁸⁷, non sono mancati. Basti pensare alla l. 14 maggio 2005, n. 80, di conversione del d.l. 14 marzo n. 35, che ha riformato gli articoli 561 e 563, disciplinanti gli effetti dell’azione di riduzione rispetto ai pesi e alle ipoteche e quelli dell’azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione⁸⁸; alla l. 23 febbraio 2006, n. 51, che ha introdotto nel libro VI del codice civile l’art. 2654 disciplinante la trascrizione degli atti di destinazione; e, infine, alla l. 14 febbraio 2006, n. 55, che ha previsto una deroga espressa al divieto dei patti successori, per effetto dell’introduzione degli articoli 768 *bis* e seguenti, e con essi, dell’istituto del “patto di famiglia”⁸⁹.

⁸⁵ F. SACCARO, *Accordi prematrimoniali: i limiti previsti dall’ordinamento giuridico italiano* (9 marzo 2015), in www.altalex.com.

⁸⁶ N. LIPARI, *Prospettive della libertà di disposizione testamentaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 206, f. 3, 799 ss.

⁸⁷ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento, I, Profilo negoziale dell’atto. Appunti delle lezioni*, Milano, 1976, 5.

⁸⁸ M. IEVA, *Retroattività reale dell’azione di riduzione e tutela dell’avente causa dal donatario tra presente e futuro*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, 1998, 399 ss.

⁸⁹ Primo, in ordine di tempo, intervento del legislatore, nel senso di un’attenuazione della tutela dei legittimari e dell’introduzione di deroghe al divieto dei patti successori istitutivi, è la riforma delle società di capitali (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), la quale ha introdotto regole per il trasferimento delle partecipazioni societarie in funzione successoria nell’ambito del più generale problema dei vincoli convenzionali alla circolazione delle partecipazioni societarie. La letteratura in materia di clausole limitative della libera trasferibilità di azioni e par-



Tre interventi legislativi, tutti, nel loro insieme e nelle diverse rispettive collocazioni, significativi ed idonei a determinare una vera e propria rivoluzione del sistema della trasmissione per causa di morte della proprietà e nella tolemaica centralità in esso del testamento come fonte negoziale regolatrice della successione – sebbene solo il terzo, ammettendo una regolamentazione contrattuale della vicenda successoria, vada ad incidere formalmente sulla regola legale posta dall’art. 458 c.c. – da sempre, assistita dalla massima sanzione ordinamentale della nullità, in una con l’art. 557, comma 2, c.c., principale ostacolo alla regolamentazione contrattuale delle vicende successorie⁹⁰. Il legislatore vuole circoscrivere la provenienza della delazione ereditaria alla fonte legale e alla fonte testamentaria (come previsto dall’art. 457 c.c.), con esclusione della fonte convenzionale, ché altrimenti, se potesse stipularsi un contratto avente ad oggetto una delazione ereditaria, l’irrevocabilità degli effetti negoziali si scontrerebbe con la natura revocabile del testamento e, più latamente, con il principio di assoluta libertà testamentaria (e di conservazione dell’integrità dei diritti del soggetto autore della delazione successoria sino all’ultimo istante di vita, secondo un’ottica squisitamente individualistica e dominicale della proprietà)⁹¹.

E’ stata auspicata, del resto, l’introduzione pur nell’ordinamento italiano della possibilità di un ridimensionamento del patto successorio rinunciativo, il che implicherebbe una modifica del menzionato art. 557, comma 2, c.c., attualmente statuente l’impossibilità per i legittimari, i loro eredi o gli aventi causa di « rinunziare a questo diritto, finché vive il donante, né con dichiarazione espressa, né prestando il loro assenso alla donazione». Invero, la ragione fondamentale a sostegno del divieto di siffatto patto (oltre che del divieto del

tecipazioni è particolarmente vasta; possono, tuttavia, in tale sede, ricordarsi: C. ANGELICI, *Note minime su «La libertà contrattuale e i rapporti societari»*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 403 ss.; M. IEVA, *Le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni societarie: profili generali e clausole di predisposizione successoria*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studi e materiali, suppl. 1/2004, Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 236 ss.

⁹⁰ “Attraverso l’art. 1322 c.c. il divieto dei patti successori potrebbe essere eluso. Infatti, la stipula di un contratto atipico produttivo di effetti immediatamente traslativi dei diritti sui beni, tra il titolare del patrimonio e gli eredi, introdurrebbe una nuova modalità di delazione dell’eredità. Anche in tal caso sarebbe fondamentale e necessaria la verifica sulla meritevolezza dell’operazione espressa nello stesso art. 1322 c.c., su cui comunque dottrina e giurisprudenza manifestano posizioni divergenti”: testualmente, F. SACCARO, *Accordi prematrimoniali: i limiti previsti dall’ordinamento giuridico italiano* (9 marzo 2015), in *www.altalex.com*.

⁹¹ Una diversa ed antitetica linea di sviluppo del diritto successorio (giacché di ampliamento della tutela dei legittimari) può desumersi dalla riforma della filiazione (l. n. 219 del 2012 e d.lgs. n. 54 del 2013), la quale, portando a completamento un percorso iniziato dalla Corte costituzionale e proseguito dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, è approdata alla unicità dello stato giuridico della filiazione. Essa ha modificato diverse norme riguardanti il diritto successorio ma ciò che nella presente analisi interessa è senza dubbio l’ampliamento del novero dei legittimari: in virtù del rapporto di parentela che s’instaura tra il figlio e i suoi ascendenti, è da ritenersi che nell’art. 565 c.c., norma che definisce le categorie dei successibili, siano ora ricompresi gli ascendenti naturali, dovendosi intendere eliminato il riferimento ai soli ascendenti contenuti nella norma; la linea retta è percorsa dalla successione, quindi, non solo nel verso discendente ma anche in quello ascendente, e ciò accade in virtù dell’inserimento pieno nel quadro della parentela (art. 74 c.c. novellato) e non per un’espressa estensione normativa ai figli naturali di effetti giuridici che altrimenti si produrrebbero solo nei confronti dei figli legittimi. Per un approfondimento sul punto, cfr. M. SESTA, *L’unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 3, 239 ss., in specie par. 7; ID., *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 1 ss. Nella medesima tendenza si colloca la legge 20 maggio 2016 n. 76, che estende l’applicazione delle norme sui legittimari alle parti dell’unione civile tra persone dello stesso sesso. Si rinvia, *ex multis*, a G. BONILINI, *La successione mortis causa della persona “unita civilmente” e del convivente di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, 980 ss.



patto dispositivo) – tutela del soggetto destinatario della delazione successoria nella duplice dimensione di tutela rafforzata dell’obbligatorietà della devoluzione, per l’erede necessario, con valenza di ordine pubblico, e di tutela comunque legale a pena di nullità, per l’erede eventuale, al quale si vieta di negoziare la *spes hereditatis* –, appare non aver senso d’essere in un sistema che vuol ridurre l’assolutezza dell’intangibilità della legittima, *recte* in un mondo del diritto successorio che non ruota più solo attorno alla preoccupazione di salvaguardare a oltranza l’aspettativa di diritto del legittimario, in una visione di trasmissione statica della proprietà, ma prende in considerazione e tutela anche valori diversi, legati alla circolazione dei beni immobili e dei beni produttivi⁹² (libero mercato e salvezza degli scambi)⁹³.

In una “società liquida”⁹⁴ dai confini e dalle identità fluide, ove famiglia e diritto sono destinati ad essere strutture in progressiva e convulsa evoluzione – tant’è che nel volgere di un solo anno sono state approvate la legge sul Divorzio breve (l. 6 maggio 2015 n. 55) e, al fine di rinvenire un punto di equilibrio tra le esigenze di attenzione sociale per simili fenomeni e quelle di autonomia e libertà a garanzia degli interessi coinvolti, la regolamentazione sulle Unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze (l. 20 maggio 2016, n. 76) –, allora, un altro tabù giuridico potrebbe presto capitolare.

Lo sguardo, vigile – edotto della feconda utilità degli accordi prematrimoniali, idonei a mantenere un rapporto di solidarietà e di reciproco sostegno nel momento più critico della patologia del matrimonio, rimanendo del tutto estranea agli stessi la funzione di favorire lo scioglimento del matrimonio – è rivolto al nuovo disegno di legge (n. 2669/2014), presentato il 15 ottobre 2014 dai deputati Alessia Morani e Luca d’Alessandro e approvato dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati il 23 febbraio 2012, in materia di scioglimento del matrimonio e comunione tra i coniugi. In particolare, alla proposta di introdurre l’art 162 *bis* del codice civile⁹⁵, contenente la possibilità di stipulare, a pena di nullità, mediante atto pubblico redatto da un notaio alla presenza di due testimoni o mediante convenzione di negoziazione assistita, accordi prematrimoniali sulla regolamentazione della eventuale separazione, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio. Questi

⁹² Rivedere la disciplina dei patti successori non deve essere considerato un tabù, caratterizzato dai dogmi della sacralità ed immodificabilità. In tal senso, A. A. DOLMETTA, *Patti successori istitutivi. Mandato post mortem. Contratto di mantenimento*, in *Vita not.*, 2011, 1, 453 ss.

⁹³ A maggior riprova di quanto detto, appare doveroso citare il recente regolamento U.E. n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 relativo alla «*competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e all’accettazione e all’esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo*». Essa presenta un contenuto potenzialmente esplosivo, potendo, a partire dal 2015, trovar cittadinanza sia i “temuti” patti successori (come espressamente consentito dal regolamento n. 650/2012 all’art. 25), sia la diseredazione (quest’ultima prevista testualmente all’art. 23, comma 2, lett. d dello stesso regolamento) in un sistema giuridico, quale il nostro, da sempre refrattario ad essi ed impermeabile ad ogni istanza di riforma. Per un approfondimento tematico, si veda: F. MAIDA, *Certificato successorio europeo: ai notai la competenza al rilascio*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, f. 1, 201 ss.; T. BALLARINO, *Il nuovo regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. internaz.*, 2013, 4, 1116; F. PADOVINI, *Il certificato successorio europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, f. 3, 729 ss.

⁹⁴ Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma, 2006; ID., *Modus vivendi: inferno e utopia del mondo liquido*, trad. it. di S. D’AMICO, Roma, 2008.

⁹⁵ Oltre all’introduzione dell’art 162 *bis* c.c., la proposta di legge prevede l’inserimento, dopo l’art 6 della legge sul divorzio (n. 8989/70), dell’art 6 *bis*, che sancisce che il Tribunale adito nel pronunciare la sentenza di divorzio, dispone in conformità degli accordi prematrimoniali di cui all’art 162 *bis* c.c.



avrebbero ad oggetto le conseguenze patrimoniali in caso di separazione o divorzio, ovvero la previsione delle modalità e delle entità di mantenimento futuro, la permanenza nella casa di proprietà di uno a beneficio dell'ex coniuge per il tempo a trovare una nuova sistemazione o la rinuncia del futuro coniuge al mantenimento dell'altro, fatti salvi i diritti agli alimenti di cui all'art 433 c.c.; onde, vertendo su diritti disponibili, secondo i promotori, non andrebbero a confliggere con i principi fissati dall'ordinamento (in specie, con il principio della inderogabilità di diritti e dei doveri scaturenti dal matrimonio sanciti dall'art 160 c.c.), in quanto rientranti nella libertà negoziale delle parti.

Restiamo in attesa che il suo *iter* si compia – in fondo “*Aspettare è ancora un'occupazione. È non aspettar niente che è terribile*”⁹⁶ –, consci che il riconoscimento ai coniugi di una più ampia autonomia negoziale nel determinare anticipatamente il loro futuro patrimoniale in vista di una crisi coniugale si ponga in linea con le ultime tendenze giurisprudenziali della Suprema Corte che, nonostante confermino la nullità dei patti stessi, hanno manifestato una tendenza ad ammorbidire il divieto della legge interpretando in un senso di maggiore apertura la normativa attuale. E altrettanto certi, però, che la diffusione e la piena ammissibilità degli accordi in vista della separazione e del divorzio, se auspicabili, debbano essere supportate di necessità dall'introduzione di una disciplina ben articolata, in armonia con il resto delle norme applicabili – ché il rischio di antinomie e lacune finirebbe altrimenti per determinare l'aumento del numero di contenziosi, portando al tradimento dello scopo deflattivo sotteso. Si tratta di realizzare, con tutte le risorse esaminate in termini di ricostruzioni dottrinali e di portato giurisprudenziale, invero non sempre all'altezza dei primi, un sistema coerente di norme ed istituti, pensati per fornire soluzioni in armonia con il sistema nel suo complesso – ciò senza forzature meramente acceleratorie e di pronto utilizzo in un dinamismo difficilmente controllabile, e senza scorciatoie che nulla hanno a che fare con la complessità del pensiero giuridico. Del resto, anche in un sistema di *common law*, quali gli Stati Uniti d'America, terra d'elezione dei *prenuptial agreements*, incline da tempo all'utilizzo degli accordi in vista del divorzio pur in via preventiva, è stato adottato nel 1983 l'*Uniform Premarital Act* in ventisei stati, avvertendosi la necessità, stringente, di introdurre una regolamentazione omogenea ed adeguata in materia.

⁹⁶ C. PAVESE, *Il mestiere di vivere. Diario (1935-1950)*, Torino, 2000.



NORMATIVA APLICABLE AL HUÉSPED QUE CELEBRA UN CONTRATO DE HOSPEDAJE DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL Y DEL DERECHO ITALIANO

PAULA CASTAÑOS CASTRO*

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Concepto de huésped: ¿es el huésped consumidor? – 3. Preceptos de la legislación de consumo aplicables al huésped – 3.1. La fase precontractual: el deber de información – 3.2. La celebración del contrato: la forma del contrato – 3.3. La ejecución del contrato – 3.3.1. Incumplimiento de las obligaciones relativas a la custodia de los efectos del huésped – 3.3.2. Incumplimiento de otras obligaciones – 4. Preceptos de la legislación de consumo no aplicables al huésped: la imposibilidad de poder desistir conforme a las normas de consumo – 4.1. Alternativas para el huésped – 5. Conclusión final

1. No cabe la menor duda de que el turismo se configura como una de las piezas claves de la economía española y de la economía italiana; no obstante, ninguno de los dos ordenamientos le ha dispensado una regulación concreta a uno de los contratos más celebrados dentro de estos territorios: el contrato de hospedaje profesional, entendido éste como el contrato a través del cual una de las partes – el hostelero – se obliga con respecto a la otra – el huésped – a cederle el uso de la habitación, así como a prestarle determinados servicios, entre los que se encuentran la custodia del equipaje o la manutención, todo ello a cambio de una contraprestación en dinero¹.

Así, el Código Civil se limita únicamente a considerarlo como depósito necesario a efectos de responsabilidad de los fondistas o mesoneros (artículos 1.783-1.784); lo contempla en materia de clasificación de créditos (artículo 1.922. 5º), y finalmente, se refiere a él al

* Profesora ayudante doctora. Universidad de Málaga.

¹ Muchos autores se han aventurado a definir el contrato de hospedaje. En la doctrina española, para Represa Polo, a través de la relación de hospedaje «una de las partes se obliga a prestar a la otra una serie de servicios de distinta naturaleza que giran en torno a una prestación principal que sería el alojamiento; mientras que la otra se obliga a pagar un precio global por el conjunto de prestaciones». M.P. REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes*, Madrid, 2004, p. 36. En la doctrina italiana, *il contratto d'albergo* es definido, entre otros, por Notarstefano, quien señala que se trata de un contrato por el cual «una parte (hospedero) se obliga, mediante retribución, a proporcionar a la otra parte (el cliente) alojamiento y todos aquellos servicios necesarios o eventuales que permitan una estancia confortable». C. Notarstefano, *Lineamenti privatistici delle attività turistiche*, Bari, 1993, p. 23 ss. Del mismo modo se manifiesta Zuddas, quien establece lo siguiente: «por el contrato de albergue, el hospedero se obliga, mediante pago de una retribución en dinero, a proporcionar al cliente alojamiento, poniendo a su disposición otras prestaciones secundarias, como el servicio de bar-restaurante, de lavandería y otras que hagan más cómoda y confortable su estancia». G. CIURNELLI – S. MONTICELLI – G. ZUDDAS, *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio, i contratti del tempo libero*, Milano, 1994, p. 14. Para Campione, por su parte, el contrato de hospedaje es aquel a través del cual una parte, el hostelero, se obliga a proporcionar a la otra, el cliente, tanto alojamiento como otras prestaciones, todo ello a cambio de un precio. R. CAMPIONE, *Il contratto di albergo*, en *Trattato dei contratti*, dirigido por Vincenzo Roppo y Alberto M. Benedetti. Milano, 2014, p. 494.



tratar de la prescripción (artículo 1.967. 4º). Por lo que respecta al Derecho italiano, el *Codice Civile* de 1942 dedica los artículos 1783-1786 a regular la responsabilidad del hostelero por los objetos del huésped, estableciendo, como se hace en España, un régimen de responsabilidad limitada en caso de deterioro, destrucción o sustracción de las cosas meramente introducidas por el cliente en el hotel y un régimen de responsabilidad ilimitada en aquellos otros supuestos en los que los efectos son directamente custodiados por el hostelero (custodia directa).

Es precisamente esta atipicidad la que, unida a la importancia económica del turismo en ambos países, nos lleva a estudiar cuáles son las posibilidades de actuación del huésped en las distintas fases del contrato de hospedaje, así como los mecanismos de los que dispone en caso de incumplimiento contractual por parte del hostelero.

Algunas de las cuestiones a las que se intentará dar respuesta son las siguientes: ¿Quién tiene la consideración de huésped? ¿Es el huésped consumidor? ¿Merece el huésped la protección otorgada por los textos de consumo? ¿Por qué no se le aplican las normas destinadas a regular el derecho de desistimiento, que constituye uno de los principales mecanismos de protección de los consumidores? ¿Qué puede hacer si el hostelero incumple sus obligaciones principales?

2. Tanto en España como en Italia el concepto de consumidor como persona física es el mismo: tendrán la condición de consumidores aquellos sujetos que actúen en un ámbito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión².

Teniendo en cuenta esta definición no resulta coherente atribuir al huésped la condición de consumidor en todos los casos. Bien es cierto que en muchas ocasiones el huésped será consumidor, pero en todos aquellos casos en los que se encuentre en el hotel por razones profesionales no lo será, al menos no lo será en el sentido de los códigos de consumo vigentes en los países a los que estamos haciendo referencia. En tales casos, en los que el huésped se encuentra en el establecimiento hotelero por razones puramente profesionales³, no podrán serle de aplicación los preceptos de dichos códigos, lo cual no significa que no existan otros preceptos en el Código civil con los que se consiga la misma finalidad.

² El Concepto de consumidor se encuentra recogido respectivamente en el art. 3 TRLGDCU y en el art. 3 *Codice del Consumo*. No resulta extraño que el concepto sea el mismo si tenemos en cuenta que ambos países, Estados Miembros de la Unión Europea, tienen la obligación de adaptar sus respectivas legislaciones a lo dispuesto por las Directivas Europeas que vayan siendo adoptadas en materia de consumo por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. De este modo, la Directiva 2011/83, de 25 de octubre de 2011, sobre los Derechos de los consumidores ha sido la última en transponerse a través de la Ley 3/2014, de 27 de mayo en España y a través del Decreto legislativo de 21 de febrero de 2014, n°21 en Italia.

³ También puede ocurrir que el huésped se encuentre en el hotel por razones profesionales y personales al mismo tiempo, esto ocurrirá, por ejemplo, si el sujeto ha acudido a un determinado hotel porque en la ciudad donde se haya sito tiene una reunión de trabajo, pero, al mismo tiempo, aprovecha para ver a su familia que reside en el mismo lugar y para acudir con amigos a actividades relacionadas con el ocio. En estos casos ¿es dicho sujeto consumidor? Al menos en España no hay una jurisprudencia consolidada al respecto, existiendo pronunciamientos en sentidos contrapuestos. Sobre este particular *Vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, *El concepto legal de consumidor en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho Español: aspectos controvertidos o no resueltos*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n° 1, 2011, p. 113.



A esto se ha de añadir que la consideración de huésped, por su parte, se debe atribuir no solamente a quien utiliza *de facto* los servicios prestados por el hotel, sino también a quien no es usuario de los servicios pero sí celebró el contrato de hospedaje, aunque, obviamente, solamente el usuario de los servicios tendrá derecho a ejercitar determinadas acciones⁴.

Por último, conviene también aclarar que la condición de huésped no viene determinada por el uso de cualquier servicio que preste el establecimiento, sino por el uso del servicio de alojamiento.

3. - 3.1. Antes de la celebración del contrato de hospedaje, entendiéndolo éste como un contrato celebrado a distancia⁵, ¿tiene el huésped derecho a recibir información precontractual de la forma en la que se detalla en los códigos de consumo?, esto es, ¿resulta de aplicación el art. 97 TRLGDCU y su equivalente en Derecho italiano, el art. 49 *Codice del Consumo*? Si el contrato se ha celebrado a distancia y con un consumidor – lo que constituirá el supuesto más frecuente –, rigen los preceptos citados, en los que se detalla la información precontractual que debe ser proporcionada al consumidor de un contrato celebrado a distancia. En Derecho español, el art. 97 TRLGDCU, por su carácter especial, se antepone al art. 60 TRLGDCU, el cual, por su carácter general, se aplicará subsidiariamente⁶. Establece el art. 60 TRLGDCU en su apartado primero que «antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas»⁷.

Ahora bien, si el contrato no se ha celebrado con un consumidor en el sentido de los códigos de consumo, ¿qué deberes de información corresponden de *lege data* al empresario y cuál es su fundamento jurídico? En aquellos supuestos en los que el hospedaje no se haya celebrado con un consumidor, los deberes de información que corresponden al hostelero

⁴ Algo similar ocurre en el contrato de viaje combinado. El art. 3 de la Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados, define al “viajero” en su sexto apartado del siguiente modo: «toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar con arreglo a un contrato celebrado en el ámbito de aplicación de la presente Directiva».

⁵ En la mayor parte de los casos se celebra a distancia

⁶ Dentro de la legislación española también se podría hacer mención a otros artículos que, aun ya fuera del TRLGDCU, pueden ser aplicables al contrato de hospedaje: así, por ejemplo, el art. 22 de la ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por la que se traspone la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior; o asimismo el art. 27 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

⁷ De forma semejante se expresa el art. II.-3:101 DCFR. La finalidad del art. II.-3:101 DCFR, que es prácticamente idéntico al art. 2:102 Principios *Acquis*, es la de facilitar al ofertado todos aquellos datos relevantes sobre el producto o el servicio que luego puedan implicar responsabilidad del proveedor por falta de conformidad porque presentan una calidad inferior al estándar esperado según el tipo de bien o servicio. S. NASARRE AZNAR, *Marketing y deberes precontractuales*, en *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del Marco Común de Referencia*, coordinado por Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila y M^a Paz Sánchez González, vol. 2. Barcelona, 2012, p. 190.



deben ser los mismos que los que se establecen en los arts. 97 TRLGDCU y 49 *Codice del Consumo*, y ello por una razón: en estos casos habría que acudir al régimen general, esto es, a la aplicación del art. 1258 del Código civil español (su equivalente es el art. 1374 *Codice civile*), el cual, puesto en conexión con el art.7 C.c. (su equivalente en Italia es el art. 1337 *Codice civile*), nos va a conducir a conclusiones idénticas que las planteadas por los preceptos del texto refundido. Por tanto, ya sea a través de los arts. 97 TRLGDCU y 49 *Codice del consumo* – cuando el huésped es consumidor– ya sea a través de la aplicación del principio de la buena fe – cuando el huésped no es consumidor – lo que resulta claro es que el hostelero debe poner en conocimiento del huésped toda la información que se requiere para formar su voluntad contractual, y debe hacerlo de forma que dicha información sirva para conseguir el fin pretendido, esto es, de forma clara y comprensible.

3.2. En la fase de celebración, el deber más importante es el deber de documentar el contrato. Al igual que ocurre con el deber de información precontractual, la normativa a la que hace referencia el TRLGDCU solamente será aplicable si el huésped es consumidor en el sentido del art. 3 del mencionado texto legal. De este modo, cuando el hospedaje se celebra a través de una técnica de comunicación a distancia resulta de aplicación el artículo 98 TRLGDCU, solamente aplicable a los huéspedes que sean consumidores, pero cuyo contenido puede ser extrapolado, igualmente por aplicación del art. 1258 C.c., a aquellos otros huéspedes que no pueden ser calificados como consumidores por actuar dentro de su ámbito profesional o empresarial⁸.

De igual modo ocurre en Derecho italiano: en aquellos casos en los que no pueda ser de aplicación el art. 51 *Codice del Consumo*, encargado de regular los requisitos formales en los contratos a distancia, por no ser el huésped consumidor, podrá llegarse al mismo resultado por aplicación del art. 1374 *Codice civile*.

3.3. En la fase de ejecución del contrato, además de resultar de aplicación los arts. 110 y 111 TRLGDCU, el hostelero tiene la obligación de proporcionar al huésped todos los servicios que conforman el contrato que nos ocupa, siendo el principal el alojamiento. Pero ¿qué ocurre si no los proporciona correctamente? ¿Qué preceptos son aplicables en caso de incumplimiento contractual? En tales supuestos la legislación de consumo no ofrece mecanismos tan detallados como el Código civil o el *Codice civile*. Además, habría que diferenciar entre las distintas obligaciones del hostelero, puesto que la responsabilidad del establecimiento por el incumplimiento del deber de custodiar los efectos del huésped se encuentra tipificada tanto en el Código civil español como en el italiano, mientras que para analizar las consecuencias derivadas del incumplimiento del resto de obligaciones habría que acudir a los clásicos remedios frente al incumplimiento.

Es por ello que se analizarán por separado las obligaciones del establecimiento hotelero.

⁸ Además, cuando el hospedaje se celebra a través de un medio de contratación electrónico, resulta de aplicación el art. 28.1 de la ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico



3.3.1. Derecho español: resultan de aplicación los art. 1783 y 1784 C.c. Según el art. 1783 C.c. «Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Los fondistas o mesoneros responden de ellos como tales depositarios, con tal que se hubiese dado conocimiento a los mismos, o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa, y que los viajeros, por su parte, observen las preven- ciones que dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos». Por su parte, el art. 1784 señala lo que sigue: «La responsabilidad a que se refiere el artículo anterior comprende los daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto por los criados o dependientes de los fondistas o mesoneros como por los extraños; pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor».

De la lectura de tales preceptos se pueden extraer varias ideas:

a) Aunque el término «efectos» al que hace referencia el art. 1783 C.c. debe ser inter- pretado en sentido amplio, en él no deben quedar comprendidos los vehículos de los clientes. Mientras que el hotel tiene la obligación legal de custodiar los objetos del huésped – por imperativo de los arts. 1783 y 1784 C.c. –, dicho deber no se extiende a los vehículos, ya que no se trata de objetos que el cliente necesariamente deba portar consigo. Por tanto, en estos casos lo más sensato y lo correcto es aplicar el régimen de responsabilidad con- tenido en la ley 40/2002, reguladora del contrato de aparcamiento, puesto que la hipótesis queda comprendida en su ámbito de aplicación y además es una ley de carácter especial.

b) La responsabilidad del hostelero es una responsabilidad objetiva. La responsabi- lidad establecida en los artículos 1783 y 1784 C.c. tiene que ser entendida como objetiva por varias razones: en primer lugar porque el empresario hostelero no cuenta con los me- dios razonables para poder cumplir el exigente canon de diligencia al que debe estar sometido, siéndole imposible controlar unos efectos que quedan en poder del propio vi- ajero y que forman parte de la intimidad del mismo; y en segundo lugar porque la re- sponsabilidad se extiende a los actos cometidos por extraños y a los casos fortuitos. A esto se añade que desde el punto de vista de la eficiencia económica, el hecho de considerar que la responsabilidad del hostelero es una responsabilidad objetiva, derivada simplemente del hecho de ser titular de un establecimiento hotelero, conlleva que aquél probablemente con- trate un seguro de responsabilidad civil, considerándolo un coste de producción más y re- percutiéndolo en el precio final del servicio, de manera que el coste de la prima sea dis- tribuida entre los huéspedes que se alojen en su establecimiento.

c) La responsabilidad del hostelero es una responsabilidad contractual tanto en los casos de custodia directa (es el propio hostelero el que custodia los efectos de los clientes, por ejemplo en la caja fuerte de la recepción del hotel) como en los supuestos de custodia indirecta (el hostelero no custodia directamente los objetos, por ejemplo, esto ocurre cuan- do se depositan en una caja fuerte de la habitación o cuando se dejan en la habitación).



Mientras que lo primero es indiscutible en virtud del contrato de depósito llevado a cabo por las partes, el carácter contractual de la responsabilidad es incuestionable asimismo cuando no existe entrega efectiva de los objetos. Así, en estos casos, bastará la existencia de un contrato de hospedaje para justificar la aplicación de las reglas de responsabilidad contractual contenidas en los arts. 1783 y 1784 C.c.

d) Los artículos 1783 y 1784 C.c. no tienen naturaleza imperativa. De existir una verdadera negociación entre las partes, serían válidos los pactos que exoneran o limitan la responsabilidad del hostelero en caso de pérdida o sustracción de los efectos, máxime si se tiene en cuenta que dicho acuerdo resultaría beneficioso para el propio huésped si fuese acompañado de una rebaja en el precio.

e) Aunque el artículo 1784 C.c. solamente haga referencia al robo a mano armada y a la fuerza mayor como causas exoneratorias de responsabilidad, lo cierto es que el hostelero podrá igualmente exonerarse cuando el daño sufrido en los bienes sea consecuencia de la culpa del propio huésped, se deba a un vicio propio de la cosa o el cliente no haya observado correctamente los presupuestos que el artículo 1783 C.c. exige para que surja el deber de indemnizar.

f) El robo a mano armada se considera en todo caso un supuesto de fuerza mayor, que exime de responsabilidad al establecimiento hotelero⁹. Sin embargo, nos preguntamos si es posible en todos los casos extrapolar los requisitos de la fuerza mayor – imprevisibilidad e inevitabilidad – al robo a mano armada, o si, por el contrario, y como acertada-

⁹ Así se demuestra, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1989 (RJ 1989/5598) y 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696). En la primera de estas sentencias, la STS de 11 de julio de 1989, el Tribunal Supremo aplica la exoneración aun existiendo por parte del hotel – de lujo – el descuido de no tener puesta la combinación de la caja fuerte donde se guardaban las joyas del cliente en el momento del robo. Pese a ello, se limita a decir la citada resolución que el hostelero queda exento de responsabilidad tanto por los daños como por la pérdida de la cosa depositada «cuando provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor, respondiendo de esos daños y pérdidas cuando sean producidos por caso fortuito». Por su parte, la STS de 15 de marzo de 1990 define el robo a mano armada como «un fenómeno que exime de responsabilidad a los fondistas o mesoneros»; más adelante continúa diciendo que «no se hace por la ley ninguna salvedad a dicha exención». Sobre este particular también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de marzo de 2007 (JUR 2007/173697) en la que se establece que «en el supuesto de que los efectos introducidos en el hotel (restaurante) hubieran sido sustraídos mediante la comisión de una actividad delictiva, el empresario hotelero (dueño del restaurante) solo quedará exonerado de responsabilidad si el delito cometido fue un robo a mano armada, debiendo sin embargo responder si se trata de un delito de robo en cualquiera otra de sus modalidades que no sea la de mano armada o de un delito de hurto. Tampoco responde el empresario hotelero (dueño del restaurante) si la pérdida o deterioro de los efectos introducidos en el hotel es un caso de fuerza mayor (un hecho que aun cuando se hubiera previsto habría sido inevitable o un acaecimiento que se origina fuera de la empresa o círculo del deudor y con violencia insuperable tal que considerado objetivamente queda fuera de los casos fortuitos que deben preverse en el curso ordinario o normal de la vida). Por el contrario, sí responde el empresario hotelero (dueño del restaurante) si la pérdida o deterioro de los efectos introducidos en el hotel (restaurante) es un caso fortuito (un hecho que no pudo preverse, pero que, previsto, pudiera haber sido evitado o un acaecimiento que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación), según constante doctrina jurisprudencial».



mente señala Jordano Fraga, se aplica la exoneración en estos casos con «ciego automatismo»¹⁰. En este sentido, es cierto que el robo a mano armada suele traer consigo unas connotaciones que, en principio, podrían servir de base para considerarlo un suceso imprevisible e inevitable, a la vez que ajeno a la esfera de control del hostelero; sin embargo, esto no tiene por qué ser siempre así; es por ello por lo que consideramos que «para su virtualidad exoneratoria también el robo a mano armada ha de ser efectivamente fuerza mayor: normalmente lo es (de ahí su tipificación legislativa), pero perderá esa virtualidad exoneratoria si excepcionalmente es imputable a la falta de previsión/medidas de seguridad exigibles al hostelero»¹¹.

- Derecho italiano: Resultan de aplicación los artículos 1783-1786 *Codice civile*. En tales preceptos se establece, igual que en Derecho español, un régimen de responsabilidad limitada en caso de deterioro, destrucción o sustracción de las cosas meramente introducidas por el cliente en el hotel y un régimen de responsabilidad ilimitada en aquellos otros supuestos en los que los efectos son directamente custodiados por el hostelero¹².

Además, se establece la nulidad de todos los pactos tendentes a excluir o limitar preventivamente la responsabilidad del establecimiento¹³. No obstante, tanto en los casos de custodia indirecta como en los supuestos de custodia directa, la responsabilidad del hostelero cesa tanto si el deterioro, destrucción o sustracción obedece a un supuesto de fuerza mayor como si es consecuencia de la propia naturaleza de la cosa. También quedará exento

¹⁰ F. JORDANO FRAGA, *Comentario a la sentencia de 27 de enero de 1994*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia*, n° 34, 1994, p. 368.

¹¹ *Ibidem*.

¹² A ello hacen referencia los artículos 1783 y 1784 del *Codice Civile*. El primero de estos preceptos establece lo siguiente: «Gli albergatori sono responsabili di ogni deterioramento, distruzione o sottrazione delle cose portate dal cliente in albergo. Sono considerate cose portate in albergo: 1) le cose che si trovano durante il tempo nel quale il cliente dispone dell'alloggio; 2) le cose di cui l'albergatore, un membro della sua famiglia o un suo ausiliario assumono la custodia, fuori dell'albergo, durante il periodo di tempo in cui il cliente dispone dell'alloggio; 3) le cose di cui l'albergatore, un membro della sua famiglia o un suo ausiliario assumono la custodia sia nell'albergo, sia fuori dell'albergo, durante un periodo di tempo ragionevole, precedente o successivo a quello in cui il cliente dispone dell'alloggio. La responsabilità di cui al presente articolo è limitata al valore di quanto sia deteriorato, distrutto o sottratto, sino all'equivalente di cento volte il prezzo di locazione dell'alloggio per giornata». Por su parte, el art. 1784 dispone que «la responsabilità dell'albergatore è illimitata: 1) quando le cose gli sono state consegnate in custodia; 2) quando ha rifiutato di ricevere in custodia cose che aveva l'obbligo di accettare. L'albergatore ha l'obbligo di accettare le carte-valori, il danaro contante e gli oggetti di valore; egli può rifiutarsi di riceverli soltanto se si tratti di oggetti pericolosi o che, tenuto conto dell'importanza e delle condizioni di gestione dell'albergo, abbiano valore eccessivo o natura ingombrante. L'albergatore può esigere che la cosa consegnatagli sia contenuta in un involucro chiuso o sigillato». No obstante, dichos preceptos hay que ponerlos asimismo en relación con el art. 1785-*bis*, según el cual en todos aquellos casos en los que, pese a no haber entregado el cliente el objeto para su efectiva custodia, el deterioro, la destrucción o la sustracción de los efectos son debidos a la culpa del propio hostelero o de sus auxiliares, la responsabilidad es igualmente ilimitada, como si de un supuesto de custodia directa se tratara. Reza este precepto lo siguiente: «L'albergatore è responsabile, senza che egli possa invocare il limite previsto dall'ultimo comma dell'art. 1783, quando il deterioramento, la distruzione o la sottrazione delle cose portate dal cliente in albergo sono dovuti a colpa sua, dei membri della sua famiglia e dei suoi ausiliari».

¹³ La nulidad de dichos pactos aparece reflejada en el art. 1785-*quater*, en el que se dice que «sono nulli i patti o le dichiarazioni tendenti ad escludere o a limitare preventivamente la responsabilità dell'albergatore».



de responsabilidad el hostelero si la pérdida tiene lugar como resultado del comportamiento del propio cliente o personas que le acompañan¹⁴.

Al margen de ello, el *Codice Civile* dedica el artículo 1785-ter a considerar un supuesto no contemplado en nuestro Derecho, cual es la exigencia impuesta al huésped de comunicar al hostelero, sin retraso injustificado, el hecho del deterioro, destrucción o sustracción de cualquiera de sus efectos¹⁵. De este modo, en aquellos casos en los que el huésped no comunique, sin demora, la pérdida de los efectos al establecimiento, se entenderá que no podrá hacer valer su pretensión.

Por otra parte, a diferencia del Ordenamiento español, el Derecho italiano contiene un precepto concreto en el que se establece la no aplicación de las disposiciones relativas a regular la responsabilidad del hostelero a los vehículos de los huéspedes, a las cosas depositadas en ellos y tampoco a los animales vivos¹⁶.

Por último, el art. 1786 extiende la aplicación de tales preceptos también a otros establecimientos que pueden guardar cierta relación con el hotel, y en los que los clientes se ven asimismo en la necesidad de introducir sus efectos. Estos son, entre otros, las residencias de ancianos, las pensiones o los balnearios¹⁷.

3.3.2. Si lo que incumple el hostelero es una obligación distinta a la que se analiza en el apartado anterior, no existen preceptos específicos que regulen las consecuencias de dicho incumplimiento, por lo que en estos casos debe acudir al Código civil o al *Codice civile*, en concreto a los artículos que hacen referencia a los remedios frente al incumplimiento¹⁸.

¿Y cuáles son estos medios de tutela que se activan a favor del huésped en caso de que el establecimiento *incumpla*? Como comprobaremos a continuación, el Derecho positivo ofrece suficientes instrumentos de los que puede servirse el cliente que ve frustradas sus legítimas expectativas; no obstante, el tratamiento de dichos remedios será un tanto particular en el contrato de hospedaje, en el que resulta poco probable que se acuda a los Tribunales para solucionar el conflicto. De este modo, en la mayor parte de los casos, las pretensiones no se ejercitarán judicialmente, constituyendo una vía mucho más útil ejercitar los remedios de forma extrajudicial.

Conviene asimismo dejar patente que, debido a la imperante necesidad de revisar la regulación que contiene el Código Civil español del incumplimiento contractual y de los

¹⁴ Establece el art. 1785 lo que sigue: «L'albergatore non è responsabile quando il deterioramento, la distruzione o la sottrazione sono dovuti: 1) al cliente, alle persone che l'accompagnano, che sono al suo servizio o che gli rendono visita; 2) a forza maggiore; 3) alla natura della cosa».

¹⁵ La obligación de denunciar el daño se encuentra recogida en el art. 1785-ter en los siguientes términos: «Fuori del caso previsto dall'art. 1785-bis, il cliente non potrà valersi delle precedenti disposizioni se, dopo aver constatato il deterioramento, la distruzione o la sottrazione, denunci il fatto all'albergatore con ritardo ingiustificato».

¹⁶ En este sentido se pronuncia el art. 1785-quinquies, según el cual «le disposizioni della presente sezione non si applicano ai veicoli, alle cose lasciate negli stessi, né agli animali vivi».

¹⁷ Establece el art. 1786 lo siguiente: «Le norme di questa sezione si applicano anche agli imprenditori di case di cura, stabilimenti di pubblici spettacoli, stabilimenti balneari, pensioni, trattorie, carrozze letto e simili».

¹⁸ Sobre la noción actual de incumplimiento *Vid.* A.M. MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Madrid, 2010.



remedios frente al mismo¹⁹, nos apoyaremos a la hora de desarrollar y exponer los distintos remedios no solamente en el Derecho vigente, sino también en aquellos textos que vienen sirviendo a los Tribunales europeos para modernizar lo establecido por los Códigos de los Estados Miembros. Estos textos serán básicamente tres: los *Principles European Contract Law* (en adelante, PECL)²⁰, el Draft Common Frame of Reference (en adelante, DCFR)²¹ y la Propuesta de Modernización del Código civil (en adelante, PMCC)²².

Centrándonos en los remedios de los que dispone el huésped, debe señalarse que ante un mismo incumplimiento puede ocurrir que el huésped pueda elegir indistintamente entre varios de ellos, siempre que el incumplimiento reúna los requisitos necesarios para ejercitar varios remedios. Asimismo, algunos de estos remedios que a continuación se expondrán son incompatibles entre sí, como ocurre con la pretensión de cumplimiento y la resolución contractual; sin embargo, la indemnización por daños y perjuicios es compatible con ambos.

a) El primero de los remedios al que nos referimos es a la pretensión resolutoria (art. 1124 Código civil español y art. 1453 *Codice civile*). entendida esta como una facultad de la que dispone el contratante perjudicado por el incumplimiento del otro, siempre que dicho incumplimiento sea grave²³. A ello se añade que para ejercitar la acción resolutoria es irrele-

¹⁹ El tratamiento del incumplimiento contractual en los códigos europeos del siglo XIX es calificado por la PMCC de «especialmente insuficiente».

²⁰ Los remedios aplicables en caso de incumplimiento se hallan regulados en el Capítulo noveno de los PECL. Estos son: el derecho al cumplimiento, la suspensión del propio cumplimiento por el acreedor insatisfecho, la resolución, la reducción del precio y la indemnización de daños. Los remedios son acumulables si no son incompatibles entre sí, y el acreedor dispone de una suerte de *ius variandi* «que le permite intentar de forma subsiguiente otro remedio tras haber probado fortuna con el primero (art. 8:102), pero siempre dentro de los límites de la buena fe en el ejercicio de los derechos». A. VAQUER ALOY, *Incumplimiento del contrato y remedios*, en *Derecho Privado Europeo*, coordinado por Sergio Cámara Lapuente, Madrid, 2003, p. 539.

²¹ En el DCFR los remedios ante el incumplimiento se regulan en el Capítulo 3 del Libro III. Dichos remedios no aparecen enumerados en ningún precepto concreto, sino que, tras una sección de disposiciones generales, se regula cada uno de ellos en secciones separadas, dedicadas sucesivamente a la subsanación por el deudor del cumplimiento no conforme, el cumplimiento forzoso, la suspensión del cumplimiento, la resolución, la reducción del precio y la indemnización e intereses. El art. III.-3:102 DCFR dispone que los remedios que no son incompatibles son acumulables; asimismo, el acreedor puede elegir el remedio que prefiera entre aquellos de que disponga en el caso concreto, puesto que así se desprende de lo establecido por el artículo III.-3:101 (1) y (2) DCFR. E. GÓMEZ CALLE, *Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador del Marco Común de Referencia*, en *Anuario de Derecho Civil*, n° 1, 2012, pp. 29-102, p. 44.

²² Entre nosotros, en la PMCC los remedios aparecen señalados en el artículo 1190, según el cual: «en caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos». Cada uno de estos remedios se regula después por separado en las secciones segunda a quinta del Capítulo VII del Libro IV PMCC. A dichos remedios debemos añadir la suspensión de cumplimiento en las obligaciones sinalagmáticas, previsto en el artículo 1191 PMCC.

²³ Conforme al artículo 9:301 PECL, el contratante insatisfecho solamente tiene derecho a resolver el contrato si el incumplimiento de la otra parte es esencial. Según el DCFR, el incumplimiento es esencial en los siguientes casos: a) cuando priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, aplicado a la totalidad o a una parte importante del cumplimiento, a menos que, en el momento de la conclusión del contrato, el deudor no hubiera previsto ni podido prever razonablemente dicho resultado; b)



vante que el incumplimiento sea imputable al deudor (hostelero). Este remedio permite a la parte que sufre el incumplimiento desligarse de los compromisos contractuales asumidos, resolviendo o eliminando la eficacia del contrato²⁴. La razón por la que se le exige al incumplimiento resolutorio cumplir unos específicos requisitos es obvia: la facultad de desvincularse del contrato por incumplimiento choca con el principio de la conservación del negocio jurídico, de manera que solamente si uno de los contratantes se encuentra ante un incumplimiento cualificado podrá ejercitar esta acción.

En el hospedaje, en caso de que el cliente pretenda resolver el contrato por ejemplo, por no hacersele entrega de la habitación contratada, lo hará, por razones prácticas, a través de una declaración unilateral dirigida al establecimiento, esto es, acudiendo al ejercicio extrajudicial de la resolución del contrato; en este sentido, pese a que tradicionalmente se ha considerado que el artículo 1124 C.c. se encuadra dentro del modelo de ejercicio judicial del remedio resolutorio, «ha existido desde muy temprano una tendencia a la *privatización* de la resolución, con la finalidad de facilitar el tráfico económico»²⁵ y cuya ventaja principal no es otra que eliminar la incertidumbre que planeaba sobre el contrato en la hipótesis de la resolución judicial durante todo el tiempo que dura el proceso.

b) En segundo término, otro remedio de los que dispone el huésped en caso de incumplimiento por parte del establecimiento hotelero es la pretensión de cumplimiento (art. 1124 del Código civil y art. 1453 *Codice civile*). Este remedio será de utilidad, por ejemplo, ante faltas de conformidad producidas o detectadas por el huésped cuando ya ha tomado posesión de la habitación, tales como una limpieza deficiente, ruidos o molestias provocadas por otros huéspedes o funcionamiento intermitente de la red wifi²⁶.

cuando es intencional o temerario y da razones al acreedor para creer que no se producirá el cumplimiento futuro del deudor. Todo ello se recoge en el art. II.-3:503 (2). Del mismo modo, según el art. 7.3.1 (2) Principios UNIDROIT, para determinar cuándo un incumplimiento es esencial, debemos atender a los siguientes factores: a) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever ese resultado; b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; c) el incumplimiento fue intencional o temerario; d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra parte cumplirá en el futuro; e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

²⁴ La finalidad de la resolución es ofrecer protección al contratante lesionado por el incumplimiento. Atrás queda la idea de considerar la acción resolutoria como una sanción que se le impone al contratante incumplidor, para convertirse en una medida de protección frente a aquél. «La específica sanción del incumplidor es el deber de resarcimiento, pero no *per se* la resolución». L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, en *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, 1969, p. 399.

²⁵ Así, junto con la resolución judicial, tiene cabida en el art. 1124 C.c. la resolución extrajudicial, esto es, la que se hace valer por el acreedor insatisfecho, mediante una declaración unilateral. M.L. PALAZÓN GARRIDO, *El remedio resolutorio en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones en España: un estudio desde el Derecho Privado Europeo*, en *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho Contractual en España*, dirigido por Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Barcelona, 2011, p. 437.

²⁶ Bien es cierto que tales deficiencias pueden conllevar la resolución del contrato pero, en la práctica, debido a las consecuencias que trae consigo la resolución contractual, el huésped suele ejercitar en estos casos la pretensión de cumplimiento.



De este modo, ante una insatisfacción del derecho de crédito por inejecución total, parcial o defectuosa de la prestación adeudada, el acreedor (huésped) dispone de una pretensión que puede hacer valer judicial o extrajudicialmente y que está dirigida a obtener exactamente la prestación debida. Analizando la pretensión de cumplimiento desde la perspectiva que nos interesa, podemos decir que se trata de un remedio del que el huésped dispone si lo que desea es la realización de la prestación o conducta incumplida. Asimismo, dicho remedio podrá ser ejercitado ante cualquier tipo de incumplimiento que sufra el cliente, y con su ejercicio, que será extrajudicial – puesto que el ejercicio de la acción de cumplimiento ante los Tribunales carece de virtualidad práctica en el hospedaje por ser éste un contrato sometido a término esencial –, se permite la conservación del negocio jurídico. Además, nada impide que el huésped que pretende el cumplimiento compagine dicha pretensión con la indemnización de daños en los casos en los que se den sus presupuestos legales.

c) En tercer lugar, un remedio práctico para el huésped en caso de que el establecimiento incumpla con sus obligaciones es la rebaja en el precio. Por ejemplo, este remedio resulta útil en caso de que se haga entrega de una habitación con características distintas a lo pactado, lo que sucede en aquellos casos en los que, por ejemplo, la habitación cuenta con una cama doble en vez de dos individuales, ducha en lugar de baño o está privada de las vistas que se ofertaron. En estos casos resulta lógico que el cliente acepte las nuevas condiciones solicitando una rebaja en el precio inicial (siempre que las nuevas condiciones sean peores para el cliente que las inicialmente pactadas).

Entre la doctrina española más autorizada, existen voces que no son partidarias de extender este remedio al arrendamiento de servicios²⁷, sin embargo, la PMCC consagra en los arts. 1197 y 1198 la reducción del precio como un remedio de carácter general, superando el enfoque parcial del vigente Código Civil que, al igual que el *Codice civile* en el artículo 1492 «se limita a reconocer la acción *quantum minoris* en el ámbito del contrato de compraventa, a favor del comprador de una cosa con vicios o defectos ocultos (art. 1486.I CC)»²⁸.

Por tanto, la reducción del precio es un medio de tutela que se activa a favor del cliente que prefiere no resolver – o no puede hacerlo porque no se dan los presupuestos del incumplimiento resolutorio – y que consiste en aceptar una prestación no conforme al contrato a cambio de una reducción proporcional del precio. De este modo se permite al huésped obtener una compensación por el menor valor de la prestación a causa de la falta de conformidad, logrando así la satisfacción de su interés. El cliente conserva la prestación no conforme al contrato y, como consecuencia de ello, el precio se adapta a la nueva situación, reduciéndose debido a la falta de conformidad²⁹.

²⁷ F. PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, en *Anuario de Derecho Civil*, nº 4, 1993, pp. 1719-1745, p. 1736.

²⁸ E. GÓMEZ CALLE, *Los remedios ante el incumplimiento del contrato*, *op. cit.* p. 60. En términos muy similares a los arts. 1197 y 1198 PMCC se pronuncia el art. III.-3:601 DCFR y el art. 9:401 PECL.

²⁹ A. VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de Modernización del Derecho de las obligaciones y contratos español*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 16, 2011, p. 260.



A esto se añade que este remedio, además de poder ser ejercitado extrajudicialmente – como ocurrirá en el hospedaje –, prescinde por completo de la imputación subjetiva del incumplimiento al deudor, de modo que, aun cuando el establecimiento se encuentre exonerado de responsabilidad por un impedimento ajeno a su esfera de control a la vez que imprevisible, el cliente también podrá reducir el precio³⁰.

Además, este remedio es, al igual que la resolución, compatible con la indemnización de daños; no obstante, dicha compatibilidad es posible siempre que lo que se indemnice sean daños distintos al menor valor de la prestación por falta de conformidad; de lo contrario, el cliente se enriquecería injustamente³¹.

d) El último de los remedios al que tendría opción el huésped, y que resulta compatible con los tres restantes, es la indemnización por daños y perjuicios (art. 1101 Código civil y art. 1223 *Codice civile*). Ahora bien, solamente se podrá recurrir al remedio indemnizatorio si el huésped sufre daños concretos que son consecuencia de un incumplimiento imputable al hostelero con independencia de que estemos frente a un cumplimiento parcial, tardío, defectuoso o ante un incumplimiento definitivo³².

Dicho esto, también puede ocurrir que en la fase de ejecución del contrato el huésped sufra daños en su salud o en su integridad física (por ejemplo, si se resbala en la habitación del hotel y se parte una pierna o si sufre una intoxicación en el restaurante del hotel), en estos casos ¿es posible aplicar algún precepto de la legislación de consumo? Los Tribunales españoles aplican con preferencia en tales supuestos los preceptos relativos a la responsabilidad contractual (art. 1101 C.c.) y a la responsabilidad extracontractual (art. 1902 C.c.), pero sería interesante cuestionarse la posible aplicación del art. 147 TRLGDCU según el cual «Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios

³⁰ En sede de viajes combinados, sin embargo, el art. 12 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje, por la que se modifican el Reglamento (CE) n°2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE establece que el viajero no tendrá derecho a una reducción del precio si el organizador demuestra que la falta de conformidad es debida a circunstancias extraordinarias e inevitables.

³¹ A tal fin, el art. 1198 PMCC establece lo siguiente: «la parte que ejercite el derecho a la reducción del precio, no puede demandar daños y perjuicios por disminución del valor de la prestación, pero conserva su derecho a ser indemnizado de cualquier otro perjuicio que haya podido sufrir». Sigue el mismo criterio el art. 9:401 (3) PECL, según el cual «la parte que reduce el precio no puede obtener al mismo tiempo una indemnización de daños y perjuicios por la disminución del valor de la prestación, pero sigue teniendo derecho a una indemnización por daños y perjuicios respecto de cualesquiera otras pérdidas que haya sufrido y que deban repararse conforme a la sección 5 de este capítulo».

³² No obstante, aunque los artículos 1101 y ss. representan el fundamento normativo de la pretensión de resarcimiento en el Código Civil, también la PMCC, los PECL y el DCFR contemplan detalladamente dicho remedio en su articulado. De este modo, la PMCC dedica un total de seis artículos al remedio indemnizatorio (arts. 1205 y ss.) bajo la rúbrica «de la indemnización de daños y perjuicios»; por su parte, los PECL también contemplan la indemnización de daños como uno de los remedios reconocidos al acreedor en caso de incumplimiento del deudor en los artículos 9:501 y ss.; por último, el DCFR dedica once artículos al análisis de la pretensión indemnizatoria en el Capítulo 9 del Libro III (arts. III.-3:701-III.-3:7011).



causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio». Dicho precepto ha sido utilizado en escasas ocasiones para fundamentar la responsabilidad por culpa en los supuestos de prestación de servicios; no obstante, este artículo reúne las características suficientes para ser aplicado en estos casos. Así, se limita a establecer criterios de responsabilidad para supuestos específicos, dejando a un lado la clásica distinción entre supuestos de responsabilidad contractual y casos de responsabilidad extracontractual. Además, no deja lugar a la interpretación, al contemplar de manera específica, cosa que no hace el art. 1902 C.c., un sistema de responsabilidad que ha sido calificado por la jurisprudencia como de cuasi objetivo, con inversión de la carga de la prueba.

4. Como se ha visto, siempre que el huésped sea consumidor, le son aplicables varios preceptos de la legislación de consumo y, cuando no lo sea, el contenido de tales artículos se le aplica en virtud del principio de buena fe. Ahora bien, no ocurre lo mismo con el derecho de desistimiento, que constituye uno de los principales mecanismos de protección de los consumidores y que consiste en la posibilidad que tiene una de las partes contractuales de desvincularse del contrato sin alegar justa causa³³.

Como se verá a continuación, el huésped que celebra un contrato de hospedaje con un establecimiento hotelero carece de la posibilidad de desistir, al menos conforme a los preceptos que regulan dicha facultad en sede de contratación a distancia.

El derecho de desistimiento en sede de contratación a distancia se encuentra recogido en los artículos 102 y ss. TRLGDCU y en los arts. 52 y ss. *Codice del Consumo*. Tales preceptos atribuyen al consumidor que contrata a distancia la posibilidad de desistir del contrato durante un periodo de 14 días naturales contados a partir del día de la celebración del contrato sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste. Ahora bien, tanto el art. 103 l) TRLGDCU como el art. 59 n) *Codice del Consumo* excluyen la posibilidad de desistir cuando se trate de suministro de servicios de alojamiento para fines distintos de los de servir de vivienda siempre que el contrato prevea una fecha o un periodo de ejecución específicos.

³³ Según D'Avanzo, por el *recesso* unilateral *ad nutum* una parte, sujeto de una relación jurídica y por ello sometido a determinadas obligaciones, declara que quiere retirarse de la obligación y liberarse de las mencionadas obligaciones con eficacia vinculante para el otro sujeto de la relación. W. D'AVANZO, *Recesso. Diritto civile*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1981, p. 1027. Por su parte, para RAVERA, el *recesso* es un acto de voluntad unilateral que extingue los efectos del contrato. E. RAVERA, *Il recesso*, Milano, 2004, p. 8. Profundiza asimismo sobre el tema F. CARRESI, *Il contratto*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXI, t. 2, dirigido por Antonio Cicu y Francesco Messineo. Milano, 1987, p. 844. Entre la doctrina española, Beluche Rincón conceptúa el desistimiento unilateral como una facultad que, «atribuida convencionalmente en el negocio constitutivo de una obligación o *ex lege*, permite, a una o ambas partes de la relación obligatoria, concluir la discrecionalmente, esto es, sin necesidad de explicación o causa alguna. La facultad de desistir posibilita al contratante que la ejercita poner fin a la relación liberándose de las obligaciones». I. BELUCHE RINCÓN, *El derecho de desistimiento del consumidor*, Valencia, 2009, p. 23.



Esta exclusión es cumplimiento de lo previsto en el art. 16 de la Directiva 2011/83, según la cual los Estados miembros no incluirán el derecho de desistimiento contemplado en los artículos 9 a 15 en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento que se refieran al «suministro de *servicios de alojamiento para fines distintos del servir de vivienda*, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, *si los contratos prevén una fecha o un período de ejecución específicos*».

El Marco Común de Referencia sigue esta misma línea. Así, el art. II.-5:201 (3) DCRF, según el cual el párrafo primero – que hace referencia al derecho de desistimiento – no se aplica si el contrato es de alojamiento, transporte, de comidas o de esparcimiento, siempre que la empresa se comprometa, al celebrarse el contrato, a suministrar estos servicios en una fecha determinada o en un periodo concreto.

Así las cosas, parece que el legislador lo tiene claro: aquel consumidor que contrate a distancia un servicio de alojamiento no podrá acudir a los preceptos que regulan el derecho de desistimiento en sede de contratación distancia, siempre que el empresario se haya comprometido al celebrar el contrato a suministrar tales prestaciones en una fecha determinada o en un período concreto.

Ahora bien, esta afirmación no puede llevarnos a equívocos: el art. 103 l) TRLGDCU y el art. 59 n) *Codice del Consumo* no excluyen la posibilidad de desistir en el contrato de hospedaje, sino que lo que hacen, y no solamente en beneficio del establecimiento hotelero, sino como veremos a continuación también en beneficio del consumidor, es excluir la aplicación del régimen contenido en sede de contratación a distancia (arts. 102 y ss. TRLGDCU y arts. 52 y ss. *Codice del Consumo*). Por tanto, no es el desistimiento en sí, sino las características que éste presenta en los preceptos mencionados lo que lleva al legislador a ser partidario de la exclusión.

Dicho esto, es el momento oportuno para sentar las bases sobre la *ratio* de la referida exclusión: ¿Qué razones son las que fundamentan que el art. 103 l) TRLGDCU y el art. 59 n) *Codice del Consumo* no reconozcan al consumidor de un contrato de alojamiento atenerse a los preceptos que regulan el derecho de desistimiento en los contratos a distancia? En este sentido nos preguntamos lo siguiente: ¿es realmente la protección que merece el establecimiento hotelero lo que lleva al legislador a descartar la aplicación de los mencionados artículos, o existen otros motivos que resultan claves a la hora de fundamentar la exclusión?

Pues bien, en un principio, parece que la mayor parte de la doctrina está de acuerdo en afirmar que la razón de ser de la exclusión se encuentra en estar en presencia de contratos sometidos a término esencial, es decir, contratos que comienzan un día concreto a petición del acreedor; contratos, en definitiva, cuyo no cumplimiento por motivos discrecionales del consumidor, imposibilitaría o dificultaría en exceso la posibilidad del empresario de cubrir las noches ya contratadas con el cliente que ahora desiste³⁴. Según dicho sector doctrinal, con la única finalidad de proteger al empresario, se decide excluir de manera expresa la posibilidad de desistir de un contrato de alojamiento contratado a través de una técnica de comunicación a distancia conforme a los arts. 102 y ss. TRLGDCU y arts. 52 y ss. *Codice del Consumo*. Así, «se pretende compatibilizar la necesaria protección de los intereses y dere-

³⁴ Realmente, dicho perjuicio solamente tiene lugar en aquellos casos en los que el hotel está completo.



chos de los consumidores cuando utilicen medios de comunicación a distancia, con la de los intereses de los prestadores de algunos servicios, a fin de que éstos no sufran los desproporcionados inconvenientes derivados de la anulación sin gastos no justificada de servicios que hayan dado lugar a una reserva» Por este motivo, la exclusión del derecho de desistimiento en este caso se impone como razonable³⁵.

Sin embargo, no creemos que esta sea la razón que fundamenta la exclusión. La exclusión de la aplicación de los artículos 102 a 108 TRLGDCU y los arts. 52 y ss. *Codice del Consumo* al contrato de hospedaje debe tener una lectura positiva para el cliente, máxime si consideramos que se trata de normas protectoras de los consumidores: así, si el contrato de hospedaje no estuviera excluido del derecho de desistimiento, tal y como viene éste configurado en los artículos citados, el período de catorce días naturales empezaría a computarse desde el momento de la celebración, lo cual resultaría un verdadero inconveniente para todos aquellos clientes que contratan el alojamiento con bastante tiempo de antelación, quienes verían obstaculizada su posibilidad de desistimiento dos semanas después de celebrado el contrato. Así las cosas, la exclusión tiene lógica también para el huésped: el cliente que contrata un servicio de alojamiento con un tiempo de antelación considerable no dispondrá del estricto plazo de catorce días naturales para desistir del contrato con el que cuentan los consumidores de un servicio no afectado por la exclusión.

Además, de no existir la exclusión, el derecho de desistimiento del consumidor tendría que ser siempre y en todo momento gratuito, sin permitir al establecimiento la imposición de ningún tipo de penalización en caso de ejercicio del derecho – ni tan siquiera si se ejercita horas antes de que comience a ejecutarse el contrato –. Sin embargo, el ejercicio gratuito del derecho de desistimiento – en los casos en los que el momento de ejecución del contrato es inminente – conllevaría grandes perjuicios para el empresario hostelero, para quien podría resultar prácticamente imposible volver a negociar las noches ya contratadas con el cliente que ahora desiste³⁶.

Por último, a todo lo dicho hasta ahora se añade que la no exclusión daría lugar a una situación cuanto menos desconcertante, puesto que nos encontraríamos frente a un panorama en el que aquellos que contratan el hospedaje en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional podrían acogerse a dichos preceptos, mientras que aquellos huéspedes que no tienen la condición de consumidor no podrían hacerlo.

³⁵ A. SÁNCHEZ GÓMEZ, *Comentario al artículo 93 TRLGDCU*, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Pamplona, 2009, pp. 1210-1211. Entre los autores italianos, los argumentos utilizados como fundamento de la exclusión son prácticamente idénticos. Acordar un derecho de desistimiento en estos casos podría impedir ofrecer el mismo servicio para la misma fecha a otros consumidores. En este sentido, Ruvolo sostiene que la *ratio* de la exclusión se encuentra en no perjudicar de forma desproporcionada a los sujetos que efectúan servicios con reserva y que como consecuencia tienen ya predispuestos los medios y materiales para la ejecución del servicio. Dicho fundamento justificaría que los consumidores de dichos servicios cuenten con menores garantías que otros consumidores que igualmente contratan a distancia. M. RUVOLO, *I contratti a distanza*, en *I contratti dei consumatori*, dirigidos por Francesco Caringella y Giuseppe de Marzo, Torino, 2007, p. 308.

³⁶ Aunque con este argumento se protege al empresario, creemos que el fundamento de la exclusión radica principalmente en proteger a la parte débil de la relación jurídica.



Concluyendo, la aplicación de los artículos 102 y ss. TRLGDCU y arts. 52 y ss. *Codice del Consumo* al hospedaje resulta perjudicial para ambas partes contractuales, por lo que el legislador ha decidido, creemos que con buen criterio, excluir su aplicación.

4.1. Llegados a este punto, y quedando claro tanto lo que se excluye como el fundamento de dicha exclusión, nos preguntamos si existen vías distintas a las que el huésped pueda acudir en caso de que quiera desvincularse del contrato celebrado con el hostelero.

Sin embargo, antes de hacer referencia a las distintas alternativas, al ser el desistimiento un derecho de carácter excepcional³⁷, hay que buscar un fundamento que permita aplicarlo al contrato de hospedaje. En este sentido, el fundamento pensamos que es el mismo que la doctrina atribuye para defender la existencia de la figura del desistimiento en el contrato de obra – 1594 C.c. – y en el contrato de viaje combinado – art. 160 TRLGDCU –³⁸: igual que la obra se lleva a cabo en interés del comitente, el hospedaje se lleva a cabo en interés del usuario, y por eso, debería éste poder decidir sobre su realización, debiendo el hostelero soportarlo.

Dicho esto, pasamos sin más al análisis de las alternativas disponibles para el huésped en caso de que quiera poner fin al contrato discrecionalmente:

a) Desistimiento convencional: Esta opción resulta evidente. De hecho, en la práctica con frecuencia podrá el huésped acogerse a ella. Así, resulta habitual que el establecimiento hotelero, pese a la exclusión, configure su propio derecho de desistimiento³⁹. En es-

³⁷ Se ha mantenido por la doctrina, prácticamente de forma unánime, que la facultad de desistir del contrato vulnera uno de los principios fundamentales del Ordenamiento Jurídico: el principio *pacta sunt servanda*, o lo que es lo mismo, *lo pactado obliga*, que encuentra acogida en el art. 1256 de nuestro Código Civil. Según este precepto, el contrato tiene eficacia vinculante para quienes lo celebran, no pudiendo dejarse al arbitrio de uno de los contratantes ni la validez ni el cumplimiento del mismo. Esto nos lleva a considerar el desistimiento como una figura de carácter excepcional, para cuyo ejercicio es imprescindible que la ley lo contemple – desistimiento legal –, o bien que las partes lo prevean en el contrato – desistimiento convencional o también llamado desistimiento contractual. En sentido similar se pronuncia el art. 1372 del *Codice Civile*, a cuyo tenor *il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge*. Si el contrato es el vínculo para cada una de las partes contractuales, esto significa que ninguna de ellas, por regla general, puede extinguir el contrato y liberarse del vínculo por propia decisión unilateral. Por tanto, nadie puede incidir sobre la situación jurídica de la otra parte con la propia voluntad unilateral y sin el concurso de la voluntad del sujeto afectado. E. ROPPO, *Contratto*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, t. IV, Torino, 1989, p. 129.

³⁸ I. BELUCHE RINCÓN, *La deficiente protección del consumidor de viajes combinados*, en *La Ley*, nº 7213, 8 de julio 2009, p. 11.

³⁹ A diferencia de lo que ocurre en el Código Civil español, el *Codice Civile* italiano dedica un precepto a este tipo de desistimiento, en el que se contempla la posibilidad de que sea el propio contrato el que confiera a una o ambas partes la facultad de desistir unilateralmente. A tenor del art. 1373 del *Codice Civile*: «Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione. Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita. E' salvo in ogni caso il patto contrario». Para Galgano, el mismo contrato puede otorgar a los contratantes o a uno de ellos la facultad de extinguirlo mediante el *recesso* unilateral, derogando por ello el principio por el cual el contrato no puede cesar si no es por mutuo consenso, establecido en el art.



te sentido, la mayor parte de los hoteles disponen de unas políticas de cancelación que contemplan el desistimiento previo a la fecha en la que se inicia la ejecución del contrato⁴⁰. Esta facultad de desistir que se le atribuye al cliente nace, no de la ley, sino de la autonomía de la voluntad del empresario y, como es lógico, participará de unas características distintas a las establecidas en los arts. 102 a 108 TRLGDCU y de los arts. 52 y ss. *Codice del Consumo*. De este modo, es común que el empresario establezca un derecho de desistimiento cuyo ejercicio pueda llevarse a cabo en espacios temporales distintos a los marcados por las legislaciones de consumo (14 días naturales desde el momento de la celebración del contrato). Por tanto, en todos aquellos supuestos en los que el hotel prevea un desistimiento convencional, el cliente podrá desistir; ahora bien, deberá ejercitar la facultad respetando las pautas establecidas por el establecimiento hotelero que, por sentido común, insistimos, diferirán de lo dispuesto por los preceptos anteriormente señalados – arts. 102 y ss. TR y arts. 52 y ss *Codice del Consumo* –.

b) Los usos: Como acabamos de establecer en el párrafo anterior, es una práctica habitual que el establecimiento hotelero permita al cliente desistir del contrato en cualquier momento anterior a su comienzo sin imponerle indemnización⁴¹, salvo que otra cosa distinta se disponga en la información precontractual⁴². Tan frecuente ha sido dicha práctica a lo largo del tiempo que puede ser considerada como un uso. De esta forma, a falta de pacto entre las partes sobre el ejercicio del derecho de desistimiento, el contrato se integra con el uso, que reconoce al huésped la posibilidad de desistir. Esto es así debido a que en el sector turístico se ha generalizado la concesión al huésped de un derecho de desistimiento.

1372.1 *Codice Civile*. F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Degli effetti del contratto. Della rappresentanza del contratto per persona da nominare*, dirigido por Francesco Galgano y Giovanna Visitini. Bologna, 1993, p. 58. Ahora bien, esa derogación del principio de la vinculatoriedad de los contratos que implica el ejercicio del *recesso* convencional, explica asimismo su carácter excepcional. L. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *Una aproximación al desistimiento unilateral: la experiencia italiana*, en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 22, 2009, p. 272. En esta línea se encuentra Franzoni, quien afirma que este derecho tiene naturaleza de remedio excepcional y no es susceptible de una interpretación extensiva; dicha naturaleza tiene como consecuencia que la cláusula que lo comporta debe tener un contenido inequívoco. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, en *Codice Civile. Commentario*, dirigido por Piero Schlesinger. Milano, 1998, p. 319 y 320. Apoyando este criterio, la Corte de Casación ha establecido que la cláusula con la cual se atribuye la facultad de *recesso ex art. 1373 Codice Civile*, puesto que deroga el principio general por el cual el contrato tiene fuerza de ley entre las partes, debe ser siempre redactada en términos claros, tales que no dejen ninguna duda sobre la voluntad de los contratantes de introducirla en el negocio por ellos suscrito.

⁴⁰ Cada vez con más frecuencia los hoteles contemplan la posibilidad de desistir incluso una vez comenzado el alojamiento sin que ello afecte a las noches ya disfrutadas.

⁴¹ En el supuesto de que el derecho de desistimiento pretenda ser ejercitado por el huésped una vez comenzado el contrato, se plantea la cuestión de si el cliente debe o no abonar la cantidad referida a todas las noches no disfrutadas como consecuencia del ejercicio de su derecho. En este sentido, la SAP de Barcelona de 26 de marzo de 2003 (JUR 2003/199878) condena al establecimiento a devolver aquella suma que pudiera corresponderle, pues admite que pudo causar algún tipo de molestia o incomodidad en las previsiones negociales del posadero; de este modo, incluso en tales casos, en los que el derecho se ejercita habiendo comenzado el contrato, se opta por devolver al cliente parte del precio abonado.

⁴² En la práctica también existen hoteles que permiten el desistimiento absolutamente gratuito solamente si es ejercitado antes de que comiencen las 48 o 24 horas inmediatamente anteriores al momento exacto en el que comenzaría a ejecutarse el contrato. Si el desistimiento se produce durante ese periodo de tiempo, se suele exigir al huésped el pago de un importe en concepto de indemnización.



c) ¿Existe la posibilidad de aplicar el art. 160 TRLGDCU⁴³ por analogía? Este precepto regula el derecho de desistimiento en el contrato de viaje combinado, y aunque ha sido redactado para dar solución a los problemas que se derivan de dicho contrato, la estructura que en él presenta el derecho de desistimiento nos lleva a pensar si su aplicación es igualmente viable para el contrato de hospedaje. Llegar a una conclusión afirmativa con respecto a lo que se plantea sería tanto como afirmar que existe un desistimiento legal reconocido para el huésped. Por tanto, con el propósito de profundizar sobre su posible aplicación en el contrato objeto de estudio, pasaremos a analizar el contenido del precepto.

En primer lugar se ha de decir que el art. 160 presenta un derecho de desistimiento que no comparte las características propias del derecho de desistimiento en los arts. 102 y ss. TRLGDCU. Así, lo primero que se advierte de la lectura del precepto es la ausencia de gratuidad en todos aquellos casos en los que el consumidor pretenda ejercitar su derecho de desistimiento dentro de los quince días inmediatamente anteriores a la fecha en la que efectivamente comenzaría el contrato. Por tanto, la facultad de desistir presenta características diversas según el momento en el que se ejercita por el consumidor; de este modo, las consecuencias derivadas de un desistimiento tardío, y por lo tanto próximo en el tiempo a la fecha de inicio del viaje, resultarán más severas que aquellas que se derivan para el consumidor que ejercita su facultad en un espacio temporal alejado de la fecha en la que comienza a ejecutarse el contrato. Veamos:

- Ejercicio de la facultad *antes* de que comiencen los quince días inmediatamente anteriores a la fecha en la que comenzaría el contrato: en estos casos, tal y como también ocurre en los arts. 102 y ss., el desistimiento se ejercita de forma gratuita. Parece ser que en tales hipótesis el ejercicio gratuito de la facultad se presenta como la alternativa más coherente. Esto es debido fundamentalmente a que en estos supuestos no existiría un perjuicio desproporcionado para el empresario, quien podrá volver a comercializar con las habitaciones contratadas por el consumidor que ahora desiste, debido a que el tiempo que media entre el desistimiento y la fecha de inicio del contrato es considerable.

⁴³ El art. 160 TR dice así: «En todo momento el consumidor y usuario podrá dejar sin efecto los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado, pero deberá indemnizar al organizador o detallista en las cuantías que a continuación se indican, salvo que tal resolución tenga lugar por causa de fuerza mayor:

a) Abonará los gastos de gestión, los de anulación, si los hubiere, y una penalización consistente en el 5 por ciento del importe total del viaje, si la cancelación se produce con más de diez y menos de quince días de antelación a la fecha del comienzo del viaje; el 15 por ciento entre los días tres y diez, y el 25 por ciento dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida.

De no presentarse a la salida, el consumidor y usuario está obligado al pago del importe total del viaje, abonando, en su caso, las cantidades pendientes salvo acuerdo entre las partes en otro sentido.

b) En el caso de que el viaje combinado estuviera sujeto a condiciones económicas especiales de contratación, tales como flete de aviones, buques o tarifas especiales, los gastos de cancelación se establecerán de acuerdo con las condiciones acordadas entre las partes».



- Ejercicio de la facultad *dentro* de los quince días anteriores a la fecha en la que comenzaría a ejecutarse el contrato: en tales supuestos, el legislador establece unas penalizaciones que van variando en función de la antelación con la cual el consumidor deje sin efecto el contrato. Estas penalizaciones, que tan criticadas han sido por un sector doctrinal⁴⁴, son las que a nuestro parecer sirven para equilibrar las posiciones de las partes y las que mitigan los daños que el empresario puede sufrir como consecuencia del ejercicio del derecho. De este modo, tal y como establece el propio art. 160 TR el cliente abonará «una penalización consistente en el 5 por ciento del importe total del viaje, si la cancelación se produce con más de diez y menos de quince días de antelación a la fecha del comienzo del viaje; el 15 por ciento entre los días tres y diez, y el 25 por ciento dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida».

- La falta de aviso por parte del consumidor: el art. 160 TR también contempla la posibilidad de que el cliente no se presente a la salida del viaje. Para estos casos, dice el precepto, «el consumidor y usuario está obligado al pago del importe total del viaje, abonando, en su caso, las cantidades pendientes salvo acuerdo entre las partes en otro sentido». Traducido al hospedaje significa lo siguiente: todo cliente de un servicio de alojamiento que sin previo aviso no haga uso de los servicios contratados, debería satisfacer el importe total del alojamiento, a no ser que su ausencia se deba a un supuesto de los considerados como casos de fuerza mayor o exista acuerdo en sentido contrario entre las partes.

Al margen de las tres hipótesis estudiadas, merece una especial referencia el análisis de los casos en los que la decisión del consumidor viene condicionada por un supuesto de fuerza mayor. De este modo, el propio art. 160 TR establece que «en todo momento el consumidor y usuario podrá dejar sin efecto los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado, pero deberá indemnizar al organizador o detallista en las cuantías que a continuación se indican, *salvo que tal resolución tenga lugar por causa de fuerza mayor*»⁴⁵. Es decir, aun en los casos en los que el cliente no se presente a la salida, no tendría que abonar ningún tipo de indemnización si su decisión viniera fundamentada por un supuesto de fuerza mayor.

En segundo lugar, como podemos advertir de lo dicho hasta el momento, los plazos de los que dispone el consumidor de un contrato de viaje combinado para ejercitar el dere-

⁴⁴ Sobre la justicia de estas penalizaciones se pronuncia I. BELUCHE RINCÓN, para quien «la indemnización fijada en el art. 160 del TRLGDCU, y con anterioridad en el art. 9.4 LVC, era y es (...) una previsión inadmisiblemente para el usuario, al que la norma en teoría pretende dotar de una mayor protección». «La deficiente protección...», *op. cit.*, p. 11.

⁴⁵ Conviene tener en cuenta que no estamos hablando de la fuerza mayor como causa impeditiva del cumplimiento, «pues no se trata de que el consumidor no pueda pagar el precio, sino de la fuerza mayor como *causa que le impide aprovechar la prestación de la contraparte* (...) Así, el desistimiento quedaría justificado por causa de fuerza mayor cuando, después de reservado el viaje, sobreviene una circunstancia ajena al consumidor, imprevisible para él al momento de contratar y de consecuencias inevitables pese al empleo de toda la diligencia exigible, que determina su pérdida de interés en realizar el viaje aún posible». De este modo, el papel de la fuerza mayor «no es justificar el incumplimiento por parte del consumidor sino justificar su falta sobrevinida de interés en participar en el viaje por imposibilidad de aprovecharlo o disfrutarlo con sentido». Dicha circunstancia imprevisible e inevitable que le impide al consumidor participar en el viaje puede ser de orden estrictamente personal. E. GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, Madrid, 1998, p. 202 ss.



cho de desistimiento casan mejor con el contrato de hospedaje que los plazos dispuestos por el art. 104 TR, los cuales parecen estar pensados para un contrato de compraventa. Estamos ante plazos de ejercicio lógicos que tienen en cuenta la naturaleza del servicio ofertado.

Sin embargo, pese a que del análisis hasta ahora realizado se deduce que la aplicación del art. 160 TR al hospedaje sería coherente con la estructura que presenta el contrato, los inconvenientes que provocaría aplicar el precepto al contrato objeto de estudio nos llevan a pensar que dicha norma no es susceptible de aplicación. Veamos por qué:

En primer lugar, el desistimiento es una figura de carácter excepcional, para cuyo ejercicio es imprescindible que la ley lo contemple – desistimiento legal –, o bien que las partes lo prevean en el contrato – desistimiento convencional o también llamado desistimiento contractual –. Este planteamiento nos lleva inevitablemente a una consecuencia: jurídicamente no es viable la aplicación analógica de todos aquellos preceptos que contemplen la posibilidad de desistir, puesto que, como sabemos, el art. 4.2 C.c. prohíbe la aplicación analógica de las normas excepcionales⁴⁶.

En segundo lugar, considerar de aplicación el art. 160 TR al contrato de hospedaje conllevaría suprimir la posibilidad de contratar el hospedaje a menor coste, pero sin posibilidad de desistir. En este sentido, viene siendo usual encontrar determinadas ofertas, sobre todo a través de internet, que permiten al consumidor poder celebrar el contrato a un precio más bajo siempre que renuncie a su derecho de desistimiento. Es lo que comúnmente se conoce como *ofertas no reembolsables*. En estos casos el establecimiento hotelero ofrece el servicio a menor coste, pero con la condición de que el consumidor no pueda ni cancelar ni modificar las condiciones de la oferta. Si el art. 160 TR resultara aplicable a nuestro contrato, esta práctica no sería en absoluto válida, al estar condicionado dicho precepto por las exigencias del art. 10 TR, según el cual, la renuncia previa al derecho de desistimiento reconocido al consumidor es nulo.

Por último, mantener que el art. 160 TR es aplicable al contrato objeto de estudio, conllevaría empeorar notablemente la situación de la que actualmente goza el huésped. Así, si el art. 1258 C.c. permite atribuir al cliente un derecho de desistimiento a pesar de no establecerlo la ley y de no existir pacto al respecto, ¿por qué aplicar una norma que, como el artículo 160 TR, solamente permite desistir gratuitamente en caso de que se ejercite el derecho antes de que comiencen los quince días inmediatamente anteriores a la fecha en la que efectivamente comenzaría a ejecutarse el contrato?

En lo que respecta al Derecho italiano, merece la pena traer a colación una pequeña síntesis de cómo se presenta en Italia la facultad de desistir de un viaje combinado, no solamente por las similitudes entre este contrato y el de hospedaje, sino también por la ausencia en dicho país de un artículo similar al 160 TR. Por tanto, cuando un consumidor de un

⁴⁶ La razón de ser de que se excluya la aplicación analógica de las leyes excepcionales es que éstas constituyen *ius singulare* que, por implicar una derogación del derecho general para determinadas materias, impide la existencia de lagunas, en cuanto lo no expresamente integrado en la norma excepcional queda atenido a la norma general. Así se expresa la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, cuyo criterio sigue teniendo vigencia en nuestros días. Sin embargo, este obstáculo puede ser salvado si consideramos que el hospedaje queda contemplado en el art. 160 TR. Esto sería tanto como afirmar que no existe laguna legal, o lo que es lo mismo, que en estos casos existe desistimiento legal. De este modo, el contenido del art. 160 TR sería más amplio que el derivado de su tenor literal, siendo viable contemplar el hospedaje dentro de su regulación.



viaje combinado o paquete turístico decide desistir del contrato antes de la salida del viaje, ¿a qué mecanismos legales puede acudir? Pues bien, antes de que entrara en vigor el D. lgs., 23 maggio 2011, n. 79, por el que se modifica el *Codice del Consumo*, era el art. 82 de este texto legal el que hacía referencia al objeto de estudio. Hoy en día, debido a las modificaciones apuntadas, las respuestas se encuentran en el art. 32 del *Codice del Turismo* en el que se establece que solamente en aquellos casos en los que el viaje combinado se contrate a distancia o fuera de establecimiento comercial, podrá el consumidor acogerse a los artículos del *Codice del Consumo* que regulan el desistimiento *ad nutum* en este tipo de contratos (antes de que entrara en vigor el Decreto Legislativo de 21 de febrero de 2014 esos preceptos eran los arts. 64 a 67 del *Codice del Consumo*. Sin embargo, en la actualidad el desistimiento *ad nutum* se regula en los artículos 52 y ss. del mismo texto legal). En todos los demás casos, el consumidor no tendrá derecho a un desistimiento discrecional, sino por justa causa, al que hacen referencia los arts. 40 y 41 del *Codice del Turismo* – antiguos artículos 90 y 91 del *Codice del Consumo* –. Sin embargo, lo que hasta aquí parece claro, se encuentra con un obstáculo que hace tambalear lo establecido por el art. 32 del *Codice del Turismo*. Este impedimento es el art. 59.1 n) del *Codice del Consumo*. En él se establece que el desistimiento previsto en los artículos 52 a 58 no se aplicará a «la fornitura di alloggi per fini non residenziali, il trasporto di beni, i servizi di noleggio di autovetture, i servizi di catering o i servizi riguardanti le attività del tempo libero qualora il contratto preveda una data o un periodo di esecuzione specifici». La interpretación del citado precepto ha llevado a la mayor parte de la doctrina italiana a considerar el contrato de viaje combinado como uno de los contratos pertenecientes a la categoría *tempo libero*⁴⁷. Fundamentalmente razones de insostenibilidad económica de un *recesso di pentimento* en tal ámbito justificarían la exclusión⁴⁸. Por tanto, la polémica está servida: por una parte, el art. 32 del *Codice del Turismo* atribuye a los consumidores que contraten un paquete turístico a distancia o fuera de establecimiento comercial la posibilidad de desistir conforme a los arts. 52 y ss.; por otro lado, el art. 59.1. n) del *Codice del Consumo*, en sede de contratación a distancia, excluye la posibilidad de desistir conforme a los arts. 52 y ss. a los consumidores de un paquete turístico. La contradicción es evidente. Cómo bien apunta Zorzi Galgano se trata de un problema no resuelto legalmente, y que se deja al arbitrio del intérprete⁴⁹. Sin embargo, cómo también señala la citada autora, el segundo párrafo del art. 32 puede disipar algunas dudas. En dicho párrafo se establece, como ya hemos señalado en líneas anteriores, que solamente en aquellos casos en los que el viaje combinado se contrate a distancia o fuera de establecimiento comercial, podrá el consumidor acogerse a los artículos del *Codice del Consumo* relativos al desistimiento; sin embargo, acto seguido se dispone que «in tale caso il professionista è obbligato a comunicare per iscritto l'esclusione del diritto di recesso. L'omessa comunicazione in merito all'inesistenza del diritto di recesso determina l'applicabilità degli articoli 64, 65, 66 e 67 – actualmente arts. 52 a 58 – del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206». Dicha apreciación, que por otra parte no

⁴⁷ E. SIMONINI, *La compravendita di pacchetti turistici on-line e l'esclusione del diritto di recesso da parte del turista*, en *Diritto del Turismo*, 1/2007, p. 25.

⁴⁸ N. ZORZI GALGANO, *Il recesso di protezione del consumatore nella nuova disciplina del turismo e della multiproprietà*, en *Contratto e Impresa*, n° 4-5/2011, p. 1203.

⁴⁹ N. ZORZI GALGANO, *Il recesso di protezione del consumatore nella nuova disciplina del turismo e della multiproprietà*, *op. cit.* p. 1207.



se contenía en el antiguo art. 82 del *Codice del Consumo*, parece ser próxima a la exclusión realizada por el art. 59.1 n), dejando entrever que la intención real del legislador es en todo caso privar al consumidor de un viaje combinado de la posibilidad de un desistimiento legal *ad nutum*, pudiendo el consumidor desistir del contrato conforme a los arts. 52 y ss. solamente en aquellos casos en los que no es informado de que *no tiene* derecho a desistir.

5. Tanto en el Derecho español como en el Derecho italiano el contrato de hospedaje se presenta como un contrato atípico, exceptuando la responsabilidad del hostelero en caso de incumplimiento del deber de custodia, cuestión que queda regulada en los arts. 1783 y 1784 del Código civil y en los arts. 1783-1786 *Codice civile*. No obstante, el análisis realizado en las páginas anteriores nos lleva a concluir que mantener el contrato de hospedaje como atípico es un planteamiento correcto, y ello básicamente por una razón: las intervenciones legislativas en el ámbito contractual deben reducirse lo más posible y la decisión del legislador de regular el contrato sólo estaría justificada si las normas del contrato de servicios (que es la categoría general a la que pertenece), las normas generales de las obligaciones y contratos, y las normas sobre protección de los consumidores, resultaran insuficientes e inadecuadas para resolver las distintas cuestiones que suscita esta relación contractual.

Sin embargo, se ha comprobado que el Derecho español y el Derecho italiano cuentan con un marco normativo idóneo al que acudir para dar respuesta a la mayor parte de las cuestiones que se plantean en el ámbito de las relaciones entre el empresario hotelero y el cliente: la fase precontractual y en particular los deberes de información del empresario están hoy suficientemente tratados en la legislación de consumo; las dudas que pueda plantear la facultad de desistimiento del cliente encuentran respuesta en los usos; por su parte, tampoco el incumplimiento contractual presenta particularidades que justifiquen un tratamiento específico, siendo suficiente acudir a las reglas generales con las oportunas adaptaciones.



LA TEORIA DEL CONTATTO SOCIALE E LA RESPONSABILITÀ SANITARIA IN ITALIA ALLA LUCE DELLA RECENTE RIFORMA*

BENEDETTA MARIA SABATINO

SOMMARIO: 1. La *vexata quaestio* della responsabilità medica nell'ordinamento italiano. – 2. L'affidabilità del modello rispetto all'obiettivo ed "il pericolo in agguato del contatto sociale". – 3. Considerazioni conclusive.

1. Dopo soltanto un lustro dall'entrata in vigore Legge Balduzzi il legislatore italiano ha sentito la necessità di intervenire nuovamente nella materia della c.d. *medical malpractice*¹, specie per meglio delineare i confini della responsabilità civile².

Ed invero, il problema che, negli ultimi anni, è stato posto all'attenzione del legislatore è quello relativo all'esigenza di mitigare il fenomeno della medicina difensiva³ che, in un sistema sanitario pubblico, grava pesantemente sulle finanze statali.

Infatti, dinanzi al rischio di richieste di risarcimento, i medici appaiono restii e reticenti nel curare i pazienti e dal porre in essere interventi e trattamenti sperimentali (c.d. medicina difensiva negativa). Di converso, non è insolito che gli stessi operatori sanitari prescrivano trattamenti, cure ed accertamenti non necessari, così gravando sulla fiscalità

* Relazione svolta al VI Colloquio Biennale dei Giovani Comparatisti, Bergamo, 25/26 maggio 2018, Università degli studi di Bergamo.

¹ In tema di responsabilità del medico e del professionista si rinvia a P. STANZIONE – V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998, *passim*; B. MEOLI, *La responsabilità civile tra contratto e torto*, in P. Stanzone (a cura di), *Trattato della responsabilità civile*, Padova, 2012, p. 121 ss. e pp. 158-163; v., altresì, P. STANZIONE, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 3/2007, p. 693 ss.

² R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, *passim*, e, in particolare, p. 394 in cui l'A. sottolinea che «emerge, così, un quadro, nell'ambito della responsabilità medica, variamente articolato in una serie di regole di origine giurisprudenziale; regole, certamente introdotte per reagire alle implicazioni che sul piano probatorio venivano fatte discendere dall'adesione incondizionata alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato».

³ La definizione di medicina difensiva è offerta dall'*Office of Technology Assessment*, US, Congress 1994, secondo cui il fenomeno si "verifica quando i medici prescrivono test, procedure diagnostiche o visite, oppure evitano pazienti o trattamenti ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per malpractice. Quando i medici prescrivono extra test o procedure, essi praticano una medicina difensiva positiva; quando evitano certi pazienti o trattamenti, praticano una medicina difensiva negativa". Sul fenomeno della medicina difensiva cfr. P. CENDON, *La responsabilità medica*, Torino, 2016, pag. 10; G. GUERRA, *La 'medicina difensiva': fenomeno moderno dalle radici antiche*, in *Politiche Sanitarie*, Vol. 14, N. 4, Ottobre-Dicembre 2013, p. 221 ss.; *Il problema della medicina difensiva*, a cura di G. FORTI, M. CATINO, F. D'ALESSANDRO, C. MAZZUCATO, G. VARRASO, Pisa, 2010, *passim*; A. DIURNI, *Gli eventi dannosi*, in *Le responsabilità in medicina* (a cura di) A. Belvedere – S. Riondato, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p. 349 ss.; F. MACRÌ, *La responsabilità medica*, in *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale* (a cura di) F.C. Palazzo – R. Bartoli, Firenze, 2011, p. 7 ss.; U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico*, in *Aa.Vv. L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione*, VII, Milano, 2013, p. 109 ss.; S. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa e dir. priv.*, p. 509.



generale e compromettendo il percorso terapeutico del paziente (c.d. medicina difensiva positiva).

Entrambi i profili della c.d. medicina difensiva, dunque, incidono negativamente sul diritto alla salute garantito dalla Costituzione all'art. 32, tanto nella sua dimensione individuale quanto in quella collettiva: nel 2015, il Ministero della Salute ha stimato che il fenomeno valga annualmente circa 10 miliardi di Euro, pari allo 0,75% del PIL nazionale⁴.

Per tentare di risolvere simili problematiche, nel marzo del 2017, il legislatore, in parte mutuando dall'esperienza francese, ha licenziato la legge n. 24, c.d. L. Gelli-Bianco, che ha introdotto novità rilevanti rispetto alla precedente normativa, tra le quali si segnalano: l'obbligo di assicurazione in capo agli esercenti la professione sanitaria (strutture, medici liberi professionisti e dipendenti), il previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione e la costituzione del Fondo di Garanzia⁵.

Il profilo di maggiore interesse della legge, però, riguarda la disposizione contenuta nell'art. 7 che tenta di risolvere la *vexata quaestio* della responsabilità in ambito sanitario attraverso la previsione del c.d. doppio binario⁶.

Al riguardo, è opportuno sottolineare che già la precedente legge distingueva, da un lato, tra responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e del medico libero professionista e, dall'altro, responsabilità extracontrattuale del medico dipendente. Una ripartizione ancora più puntuale si trova all'art. 7 della legge Gelli che, peraltro, si chiude affermando la sua natura di norma imperativa⁷.

In precedenza, nonostante l'espressa previsione del doppio binario contenuta nella Legge Balduzzi⁸, la giurisprudenza si è distaccata in modo piuttosto netto dalle indicazioni del legislatore e, in riferimento alla responsabilità del medico dipendente, si è espressa nel

⁴ http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=1994. Cfr., altresì, <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato9848861.pdf>

⁵ Per un'approfondita analisi della nuova legge si rinvia a AA.VV., *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di B. Meoli, S. Sica, P. Stanzione, Napoli, 2018.

⁶ B. MEOLI – S. SICA, *Art. 7. Responsabilità della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*, op. ult. cit, p. 109 ss.

⁷ Art. 7, l. n. 24 del 2017, rubricato "Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria": «1. La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose. 2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina. 3. L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge. 4. Il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo. 5. Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile».

⁸ Art. 3, l. n. 189 del 2012: «L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».



senso di attribuirle carattere contrattuale, con le conseguenze che la relativa disciplina comporta sui profili di diritto sostanziale oltre che processuale (quantificazione del danno, onere della prova, prescrizione)⁹.

In effetti, soprattutto negli ultimi anni, si è potuto assistere ad una decisa contrapposizione tra formanti: da un lato quello legislativo e dall'altro quello giurisprudenziale. La dottrina, ad eccezione di qualche rara voce fuori dal coro¹⁰, invece, sembra propensa ad accreditare la teoria del contatto sociale qualificato, e, talvolta, pare finanche che lasci la giurisprudenza a fare le sue veci, tant'è che sempre più spesso ci s'interroga sull'attuale funzione del formante giurisprudenziale e della collocazione della c.d. "dottrina delle Corti"¹¹.

Infatti, al fine di attribuire alla parte danneggiata (*i.e.* paziente) un trattamento caratterizzato da maggior *favor* rispetto a quello assegnato al medico danneggiante, la Corte di Cassazione, dalla storica sentenza n. 589/1999¹², ha dato nuova vita alla figura del contratto sociale, a metà strada "tra contratto e torto"¹³, così da ricondurre la responsabilità del medico nell'alveo della disciplina dettata dal codice civile in tema di inadempimento¹⁴.

Dalle suesposte considerazioni si può senza dubbio affermare che la nuova legge trova la propria ragione giustificatrice nella volontà di evitare ulteriori *revirement* delle Corti, al fine di perseguire non soltanto l'esclusivo interesse dei pazienti, ma anche quello della clas-

⁹ R. FAVALE, *Profili attuali della responsabilità civile medica*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2/2013, p. 49 «Ormai non v'è dubbio che l'area della responsabilità medica costituisce un sistema – o per alcuni un sottosistema – caratterizzato dalla primazia del formante giurisprudenziale rispetto agli altri che regolano le relazioni della vita». Sul punto cfr., altresì, U. IZZO, *Il tramonto di un "sottosistema" della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2/2005, p. 130 ss.

¹⁰ Per un'approfondita analisi critica della figura in esame si rinvia a A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del contatto sociale)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1/2013, p. 77 ss.; ID., *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2/2015, p. 344 ss.; ID., *"Contatto sociale" e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci*, in *Jus Civile (www.juscivile.it)*, 2017, 3, p. 185 ss.; analogamente, ulteriori profili di perplessità sono avanzati da C.W. CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1/2017, p. 1 ss.; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 65 ss. Una valutazione meno rigorosa ma egualmente prudente è suggerita da M. MAGGIOLO, *La (de)contrattualizzazione della responsabilità professionale*, in *Jus Civile (www.juscivile.it)*, 2015, 1, p. 21 ss. e, in particolare, pp. 26-34; si veda anche A. DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, in *Giur. It.*, dicembre 2016, p. 2568 ss.

¹¹ F.D. BUSNELLI, *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e Resp.*, p. 461 ss.. Sulle problematiche relative al diritto vivente ed al ruolo svolto dal formante giurisprudenziale, si rinvia a L. MENGONI, voce *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv.*, vol. VI, Utet, Torino, 1990, p. 445 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»*, in *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, p. 41 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Quando la dottrina si fa giurisprudenza*, in *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, I, *Le prassi delle corti e le teorie degli studiosi*, a cura di S. Bagni, M. Nicolini, E. Palici di Suni, L. Pegoraro, A. Procida Mirabelli Di Lauro e M. Serio, Torino, p. 113 ss.; N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, pp. 11 ss.

¹² Cass. Civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 4/1999, p. 446 ss.; E. GUERINONI, *Obbligazione da "contatto sociale" e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*, in *Contratti*, 11/1999, p. 1007 ss.; V. CARBONE, *Responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e Resp.*, 3/1999, p. 299 ss.; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, *ivi*, p. 777 ss.

¹³ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 433 ss.

¹⁴ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica tra illecito e inadempimento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 3/2008, p. 297 ss.



se medica e, più in generale, della collettività. Da questo punto di vista, la nuova normativa, in termini ancora più perentori della precedente, assegna alla responsabilità del medico dipendente natura extracontrattuale e ciò al fine di scongiurare – o comunque rendere più gravoso – il frequente ricorso alla tutela giurisdizionale¹⁵.

Per raggiungere siffatto bilanciamento di interessi, in linea con gli indirizzi politici dell'Unione Europea, la legge Gelli impone, altresì, alla struttura e a tutti gli operatori sanitari la predisposizione di misure adeguate di *Risk Management* e di Governo Clinico¹⁶ per prevenire gli eventi avversi. Queste misure, cui, necessariamente, è sotteso il principio di adeguatezza delle risorse¹⁷, costituiscono il perno dell'intera disciplina, giacché sono dirette al perseguimento della piena attuazione del diritto alla salute¹⁸.

Volgendo lo sguardo ad altri ordinamenti, è pacifico che le problematiche connesse alla tutela dei pazienti abbiano interessato anche altri legislatori e, infatti, il formante legislativo si è mostrato decisivo per la risoluzione delle questioni in esame.

In Germania, ordinamento in cui, come noto, è stata sviluppata la teoria del contatto sociale, il legislatore ha deciso che il solo formante giurisprudenziale (*Richterrecht*) fosse insufficiente a proteggere gli interessi dei pazienti ed è intervenuto nel 2013 con la Legge sul miglioramento dei diritti delle pazienti e dei pazienti che ha novellato il BGB mediante l'introduzione del contratto di trattamento (§§ 630a e ss.)¹⁹. In questo modo, recependo gli approdi della giurisprudenza, si è cercato di definire in modo piuttosto chiaro le regole su cui basare le ipotesi di danni cagionati in ambito sanitario. In particolare, rinviando alle norme in tema di responsabilità contrattuale (§ 280), la presunzione di inadempimento fa sì che l'onere probatorio ricada soprattutto sull'erogatore della prestazione (medico o struttura, dipende dal tipo di contratto di trattamento posto in essere). La posizione processuale del paziente, poi, risulta ancora più alleggerita dal combinato disposto dei §§ 630d e 630h in riferimento al consenso informato²⁰.

Ebbene, se ne ricava che il legislatore non ha affatto utilizzato la teoria del contatto sociale per meglio tutelare le ragioni dei pazienti, ma, anzi, abbia totalmente superato tale

¹⁵ Cfr. Lavori preparatori reperibili ai seguenti link: <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/42827.htm> e http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/comm/46445_comm.htm.

¹⁶ Il Governo Clinico consiste nella «strategia mediante la quale le organizzazioni sanitarie si rendono responsabili del miglioramento continuo della qualità dei servizi e del raggiungimento-mantenimento di elevati standard assistenziali, stimolando la creazione di un ambiente che favorisca l'eccellenza professionale». Definizione riportata dal Glossario predisposto dal Ministero della Salute e che riprende quella fornita da G. Scally e L.J. Donaldson in DEPARTMENT OF HEALTH, *A first class service: Quality in the new NHS*, 1998.

¹⁷ Cfr. M. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (Seconda parte)*, in *Studium Iuris* 7-8/2017, pp. 788-789.

¹⁸ Si consentito il rinvio a B.M. SABATINO – S. SICA, *Art. 1. Sicurezza delle cure in sanità, Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, op. cit., p. 1 ss.

¹⁹ *Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten*, in *BGBI*, 25 febbraio 2013, I, p. 277. Per una ricostruzione puntuale della legge si rinvia a J. F. STAGL, *La « legge sul miglioramento dei diritti del paziente » in Germania*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 35 ss. e a R. FAVALE, *Il contratto di trattamento medico nel BGB. Una prima lettura*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 3/2014, p. 693 ss.

²⁰ O. LANZARA, *Medical malpractice: evoluzione o regresso?*, in *Comparazione e diritto civile*, p. 3.



impostazione dogmatica, specie a seguito della *Modernisierung* (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*²¹) che ha relegato gli obblighi di protezione alla sola fase delle trattative.

Peraltro, volendo allargare il campo della nostra analisi, vale la pena fare una comparazione con l'esperienza francese, anch'essa per un certo tempo affascinata dall'*obligation de sécurité*, posto che la giurisprudenza d'oltralpe dello scorso secolo vi ha fatto ricorso di frequente. Tuttavia, questa tendenza, anche in virtù del sistema della responsabilità civile che caratterizza l'ordinamento francese – che, d'altronde, è ravvisabile anche nel nostro –, ha portato il legislatore all'introduzione di un vero e proprio “statuto” in materia di *accident médical*, danno iatrogeno ed infezioni nosocomiali²². Il *Code de la Santé Publique*, infatti, muove dall'unificazione del regime di responsabilità professionale, eliminando la distinzione tra colpa contrattuale ed extracontrattuale e rimuovendo altresì la ripartizione tra settore pubblico e privato. La soluzione francese appare conforme alle richieste di riparazione del danno da un lato e alla necessità di mitigare la medicina difensiva dall'altro, spostando il rischio del verificarsi dell'evento avverso sulla struttura ed anche attraverso la previsione di un diritto al risarcimento a titolo di “*solidarité nationale*”²³.

Anche l'ordinamento francese, pertanto, accantonata la figura dell'*obligation de sécurité*, ha optato per una puntuale definizione legislativa delle regole in ambito sanitario. Inoltre, al fine di implementare il sistema di prevenzione degli eventi avversi, al pari di quanto disposto dall'art. 3 della l. Gelli, è stato imposto agli operatori un obbligo di comunicazione degli incidenti ad un organismo competente.

Naturalmente, vista l'importanza degli interessi sottesi alla materia della responsabilità medica, tanto in Germania quanto in Francia, l'intervento della giurisprudenza si rende sempre necessario per apportare quei correttivi indispensabili affinché lo scopo perseguito dalla legge sia effettivamente raggiunto.

2. La legge in esame è stata salutata da taluni come “legge salva medici”, eppure non sembra affatto che il mero rinvio agli artt. 1218 e 2043 cod. civ. operato all'art. 7 possa riuscire, da solo, a raggiungere l'obiettivo individuato dal legislatore. Se lo scopo è ridurre il contenzioso nei confronti degli operatori sanitari, il regime del doppio binario non fa altro che spostare i termini della questione dal medico alla struttura. Il paziente, infatti, può avanzare richieste di risarcimento nei confronti di entrambi i soggetti, oltre che in quelli delle rispettive assicurazioni.

²¹ F.D. BUSNELLI – S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, p. 186 ss.; C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, in *I Quaderni della Rivista di diritto civile*, 2013, 3, *passim*; G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1/2003, p. 1 ss.; D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 797 e ss.; A. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, p. 353 ss.; AA. VV., *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, *passim*; E. FERRANTE, *Il nuovo Schuldrecht: ultimi sviluppi della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. e impr. Europa*, 2001, p. 761 ss..

²² In argomento, v. G. SCARCHILLO, *La responsabilità medica: risarcimento o indennizzo? Riflessioni, evoluzioni e prospettive di diritto comparato*, in *Resp. Civ. e prev.*, 5/2017, p. 1490B ss.

²³ Cfr. l'art. 1142-1 del *Code de la Santé Publique* in www.legifrance.gouv.fr



È dunque ipotizzabile che saranno proprio le strutture sanitarie ad essere individuate come i principali soggetti tenuti al risarcimento dei danni, anche perché è evidente che dispongono di risorse finanziarie molto più ingenti rispetto a quelle del medico dipendente²⁴.

Inoltre, in merito al profilo della medicina difensiva, non può sottacersi che la l. Gelli attribuisce a tutti gli esercenti la professione sanitaria ma, soprattutto, alle strutture, l'obbligo di predisporre adeguate misure dirette a prevenire oltre che a gestire il rischio clinico. Il che, in buona sostanza, si riverbera su quel complesso di prestazioni cui è tenuta la struttura nell'adempimento del contratto di ospitalità²⁵.

Peraltro, la legge si chiude con l'art. 18 che impone una clausola di invarianza finanziaria che mal si concilia con il Welfare State italiano, molto più in crisi rispetto alle esperienze poc'anzi esaminate.

Paradossalmente, l'aver spostato il rischio (quasi) interamente a carico della struttura potrebbe sortire l'effetto opposto rispetto alla dichiarata *voluntas legis*. In ogni caso, la previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione preventiva dovrebbe limitare il ricorso alla giurisdizione e l'incidenza sulle risorse pubbliche.

Tuttavia, in Italia, tuttora si registra una forte tendenza della giurisprudenza a contraddire il dettato legislativo. Come si è avuto modo di vedere, l'art. 3 della l. Balduzzi qualificava la responsabilità del medico in termini extracontrattuali. Altrettanto avviene nell'art. 7 della l. Gelli. Eppure, la Suprema Corte, nell'esaminare i casi di *medical malpractice* verificatisi durante la vigenza della precedente legge, continua ad imporre la responsabilità derivante da contatto sociale, con ciò palesando di non voler scalfire l'orientamento consolidatosi dal 1999²⁶.

Il ragionamento da cui muove la Cassazione è il seguente: il professionista non può essere qualificato alla stregua di un mero *quisque de populo* poiché esercita una professione protetta, inerente ad un bene della vita costituzionalmente garantito, ed è colui il quale, all'interno della relazione con l'altro soggetto, detiene le conoscenze delle tecnico-scientifiche. Sicché, la sua figura non potrebbe essere assimilata a quella del semplice "passante", ma anzi, poiché è strettamente connessa allo *status* che ricopre nell'ambito di questo complesso rapporto²⁷, dovrebbe rispondere dei danni cagionati in virtù del principio di solidarietà sociale ex art. 2 Cost – e non già di quello più "ristretto" della regola aquiliana del *neminem laedere*.

Invero, il campo della responsabilità medica non è il solo ad essere interessato dalla figura in esame²⁸: il richiamo ai doveri di protezione è frequente in molte decisioni della

²⁴ In questi termini, B. MEOLI – S. SICA, *Commentario alla L. 8 marzo 2017, n. 24, op. cit.*, pp. 113-114; v. anche R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, p. 261 ss.

²⁵ M. FACCIOLO, *Responsabilità civile della struttura sanitaria pubblica*, in *Studium iuris*, 2004, 513 ss; ID., *La responsabilità della struttura sanitaria per carenze strutturali ed organizzative*, in *La resp. civ.*, 6/2006, p. 515 ss; M. GORGONI, *L'incidenza delle disfunzioni della struttura ospedaliera sulla responsabilità «sanitaria»*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, n. 20, p. 952 ss.

²⁶ Cfr., a mero titolo esemplificativo, Cass. Civ, Sez. III, sentenza 13 ottobre 2017, n. 24073.

²⁷ Sulla responsabilità da *status*, A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 297 ss.

²⁸ E. VINCENTI, *La responsabilità da contatto sociale nella giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 6/2016, p. 2065B ss.



Corte, finendo con l'apparire l'unico strumento utile per la tutela di talune situazioni soggettive che, invece, troverebbero adeguata garanzia anche nel modello aquiliano.

I casi sono noti e riguardano, in particolare, la *culpa in contrahendo*²⁹, la responsabilità dell'insegnante per le ferite auto-inferte dall'allievo³⁰ e quella dell'intermediario finanziario³¹. È altresì ipotizzabile che quella che da un Autore è stata definita come "la resistibile ascesa del contatto sociale"³² non si arresterà finché talune attività, soprattutto quelle altamente specializzate, non troveranno adeguata regolamentazione speciale in merito ai profili di responsabilità.

3. Ebbene, in un'ottica comparata, la soluzione del contatto sociale prospettata dalla giurisprudenza appare anacronistica rispetto alle esperienze degli altri ordinamenti, oltre che dannosa se osservata rispetto all'attuale *policy* perseguita dal legislatore mediante il recente impianto normativo.

La giurisprudenza italiana, maldestramente, fa ricorso in modo confusionario ai concetti di contratto di fatto, contatto sociale ed obblighi di protezione³³, servendosi della comparazione giuridica in un'operazione di *policy* teleologica. Al contrario, la comparazione è utile se i modelli esterni cui si fa ricorso possano trovare sistemazione adeguata nel sistema che li recepisce. Dunque, non ci si può limitare al trapiantare, *sic et simpliciter*, un istituto o una teoria senza esaminare in modo approfondito le ragioni storiche, politiche ed economiche che hanno dato luogo alla loro formulazione e al loro sviluppo.

La teoria in esame ci pone dinanzi a due considerazioni di notevole importanza: *in primis*, in assenza di una disciplina dettagliata della figura di cui si discute, il "contatto sociale" potrebbe sorgere in una moltitudine di fattispecie che ineriscono ad interessi costituzionalmente protetti, di regola ricondotte dal legislatore nell'ambito della responsabilità da fatto illecito.

²⁹ Cass. Civ., Sez. III, sentenza 12 luglio 2016 n. 14188, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 6/2016, p. 1950 ss.

³⁰ Cass. Civ., Sez. III, sentenza 03 marzo 2010 n. 5067.

³¹ Cass. Civ., SS. UU, sentenza 26 giugno 2007 n. 14712, con nota di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Corr. Giur.*, 12/2007, p. 1706 ss. Osserva positivamente C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 1233 ss.: «[...] diventava grottesco che la Cassazione ravvisasse la figura dell'obbligazione senza prestazione in fattispecie come quelle del medico che opera all'interno della struttura sanitaria [...] dell'insegnante che sia dipendente di un istituto scolastico nei confronti degli scolari, dei revisori contabili e degli intermediari finanziari nei confronti dei destinatari delle informazioni da essi fornite, e lasciasse fuori da tale ambito la *culpa in contrahendo* che [...] costituisce il prototipo della responsabilità relazionale».

³² A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del contatto sociale)*, cit., p. 77 ss. è molto critico nei confronti di tale tendenza, diffidando da «un sistema giuridico che consegna la definizione dei suoi contenuti a un "prudente apprezzamento" suscettibile di trasformarsi senza possibilità di controllo in forme di arbitrio».

³³ A. DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, cit., p. 2569, osserva che «si ha la sensazione, già avvertita, del resto, da vari Autori, che si venga ad utilizzare una nozione abbastanza incerta e non esente da ambiguità, come quella del "contatto sociale qualificato", in fattispecie o settori, ove soccorre più facilmente la norma di legge, quale di un obbligo specifico, come quello di buona fede e correttezza e, per il suo tramite, "di obblighi di protezione", che della buona fede intendono esprimere la forma concreta di tutela».



In tal senso, infatti, molti Autori hanno acutamente osservato che l'espansione del contatto sociale ben potrebbe finire con il frustrare la funzione della responsabilità aquiliana, addirittura arrivando al punto di espungerla definitivamente dal nostro ordinamento³⁴.

Il sistema delineato dall'art. 1173 cod. civ., in questo modo, subisce una forzatura: è evidente che l'affidamento, sebbene nell'ambito di un rapporto "qualificato", non possa da solo assurgere a fonte dell'obbligazione (contrattuale) in assenza di una norma che lo qualifichi come tale.

In secondo luogo, la teoria del contatto sociale, così come definita dagli approdi giurisprudenziali, non tiene in considerazione la necessaria componente volontaristica alla base dell'applicazione della disciplina contrattuale, soprattutto se si considera che le fattispecie riconducibili al contatto sociale sarebbero innumerevoli. Ne conseguirebbe che ogniqualvolta un soggetto che ricopre un determinato ruolo entri in contatto con interessi altrui costituzionalmente protetti sarà automaticamente assoggettato alle regole in tema di contratto, rispondendo degli eventuali danni cagionati ai sensi dell'art. 1218, pure in assenza di un'espressa dichiarazione di volontà in tal senso.

Inoltre, simili osservazioni consentono di porre in evidenza il risultato più allarmante, consistente nella progressiva erosione della certezza delle regole giuridiche su cui fondare la disciplina della responsabilità medica e, più in generale, della responsabilità civile, considerata la possibilità che, nonostante il consolidato indirizzo giurisprudenziale, possono segnalarsi (sporadiche) indicazioni in senso contrario.

A onor del vero, il legislatore italiano sembra aver preso spunto da altri modelli per la nuova legge, specie per quanto riguarda la previsione dell'adozione di misure di *risk management* e l'assicurazione obbligatoria, ormai centrali nelle leggi di vari ordinamenti europei. Si tratta, però, di un'affermazione vera solo in parte poiché l'assenza di uno statuto della responsabilità sanitaria continuerà a porre agli interpreti i soliti problemi di qualificazione del danno, dei criteri di imputabilità della colpa e, di conseguenza, del risarcimento. E ciò di là dall'espressa previsione di cui all'art. 7 e nonostante la statuizione d'imperatività della norma stessa, che viene interpretata più come limite all'autonomia privata che come imposizione al giudice al momento della decisione³⁵.

Sicché è evidente che un tale quadro normativo, suscettibile di ulteriori e costanti ribaltamenti giurisprudenziali, ben possa prolungare quell'incertezza della disciplina applicabile cui si è fatto riferimento poc'anzi.

In una materia così complessa, quale è quella della responsabilità sanitaria, che involge una serie di profili e di interessi anche di stampo marcatamente pubblicistico, sembra indispensabile servirsi delle (più oculate) esperienze di sistemi giuridici affini al nostro. Come è stato notato, la teoria del contatto sociale, infatti, è stata superata anche nell'ordinamento in cui è stata formulata, poiché considerata lacunosa e fallace da molti punti di vista. Per-

³⁴ In questo senso si esprime A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, cit., p. 351 ss. e, specialmente, pp. 353-354. In termini più generali, la questione del futuro della responsabilità aquiliana è oggetto di analisi di S. SICA, *Note in tema di sistema e funzione della regola aquiliana*, in *Danno e Resp.*, 8-9/2002, p. 911 ss.

³⁵ V. CARBONE, *Responsabilità aquiliana del medico: norma imperativa nata per risolvere problemi economici che pregiudica i diritti del paziente*, in *Danno e resp.*, 4/2017, p. 393; B. MEOLI – S. SICA, *Commentario alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, op. cit., p. 164.



tanto, quello che in questa sede s'intende mettere in discussione non è tanto il regime di responsabilità applicabile ai casi di *medical malpractice* – che ben potrebbe essere mutuato dall'esempio d'oltralpe attraverso l'unificazione del regime –, quanto, piuttosto, la circostanza che il contatto sociale porta con sé il rischio di una costante incertezza.

Tutto quanto appena affermato in relazione al settore sanitario vale anche per le altre ipotesi in cui la giurisprudenza italiana ha ritenuto di poter applicare la teoria del contatto sociale (si veda, in particolare, la natura della *culpa in contrabendo* nella recente Sentenza della III Sez. della Suprema Corte, ma anche la responsabilità dell'insegnante per i danni auto-inferti dagli allievi o, ancora, quella dell'intermediario finanziario)³⁶. Sono casi in cui alla relazione qualificata tra danneggiato e danneggiante è corrisposta una responsabilità da inadempimento, nonostante la responsabilità aquiliana ben avrebbe potuto tutelare gli interessi delle parti. Se ne ricava che la tendenza giurisprudenziale sia quella precipua di far prevalere il fine sul mezzo, ora applicando l'art. 2043, ora, invece, l'art. 1218 cod. civ., tralasciando di considerare la conseguenza primaria consistente nella frustrazione del sistema delineato dal nostro codice³⁷.

È proprio il carattere “modaiolo” della c.d. contrattualizzazione della responsabilità civile a porre all'interprete una serie di quesiti circa il ruolo che, attualmente, la responsabilità civile riveste e quello che occuperà nel prossimo futuro, soprattutto in riferimento ad attività altamente specialistiche³⁸.

Non si esclude *in nuce*, allora, la possibile qualificazione in termini contrattuali della responsabilità del medico strutturato, a condizione che questa trovi la propria fonte in una norma che la preveda espressamente. In questo senso, infatti, occorre rinsaldare il legame tra formante legislativo e quello giurisprudenziale, al momento mossi da obiettivi opposti ed i cui effetti si riverberano negativamente sul diritto alla salute. Così si scongiurerebbe il pericolo di decisioni che, quasi arbitrariamente, possano individuare nuove fonti delle obbligazioni e che rispondano alle esigenze individuate dal legislatore. Sebbene, paradossalmente, il sistema atipico dell'illecito aquiliano maggiormente si presta ad essere utilizzato come risposta alle esigenze di una realtà sociale in costante evoluzione.

In conclusione, le prospettive offerte dall'analisi comparata consentono di ipotizzare un superamento della teoria del contatto sociale e, al contempo, inducono a prospettare la necessità che sia il formante legislativo, ancora una volta, a determinare con chiarezza ed esaustività la disciplina applicabile, predisponendo, di volta in volta, uno statuto *ad hoc* per ogni tipo di attività che possa ledere interessi meritevoli di tutela, piuttosto che, come di fatto invece avviene, rimettere alle Corti l'arduo compito di “creare” nuovi strumenti. Fa da

³⁶ Sul punto, v. anche S. SICA, *La responsabilità precontrattuale*, relazione svolta presso la Scuola estiva 2017 dell'Associazione Dottorati di Diritto Privato, Fisciano, 06/08 settembre 2018, Università degli studi di Salerno, atti in corso di pubblicazione.

³⁷ Cfr. S. SICA, *La responsabilità precontrattuale*, *ult. cit.* e A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Quando la dottrina si fa giurisprudenza*, in AA.VV., *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze. I. Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, a cura di S. Bagni – N. Matteo – E. Palici Di Suni Prat – L. Pegoraro – A. Procida Mirabelli Di Lauro – M. Serio, Torino, 2016, p. 173 ss.

³⁸ S. SICA, *Note in tema di sistema e funzione della regola aquiliana*, in *Danno e Resp.*, 8-9/2002, p. 916.



sfondo la dottrina che, quando non milita³⁹ a favore della tesi giurisprudenziale, resta relegata al ruolo di mera commentatrice delle decisioni⁴⁰.

³⁹ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Quando la dottrina si fa giurisprudenza, op. cit.*, p. 173 ss.; S. SICA, *Formanti e precedente nell'esperienza italiana*, Relazione svolta presso la Conferenza "L'avvocato cassazionista nel processo civile", organizzata da Fondazione Scuola Forense Alto, Lucca, 1 febbraio 2018, in corso di pubblicazione.

⁴⁰ Cfr. P. STANZIONE, *Il valore del precedente nel sistema ordinamentale*, in *Comparazione e diritto civile*, 1/2018, p. 7 ss. (<http://www.comparazionedirittocivile.it/download/volumi/201801.pdf>).



GIURISPRUDENZA

Corte di Giustizia UE, Terza Sezione, sentenza 25 gennaio 2018, causa C-473/16

Rinvio pregiudiziale – Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – Articolo 7 – Rispetto della vita privata e familiare – Direttiva 2011/95/UE – Norme relative alle condizioni per il riconoscimento dello status di rifugiato o di beneficiario della protezione sussidiaria – Timore di persecuzione a causa dell’orientamento sessuale – Articolo 4 – Esame dei fatti e delle circostanze – Ricorso a una perizia – Test psicologici

Nella causa C-473/16, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dallo Szegedi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Tribunale amministrativo e del lavoro di Szeged, Ungheria), con decisione dell’8 agosto 2016, pervenuta in cancelleria il 29 agosto 2016, nel procedimento

F

contro

Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal,

LA CORTE (Terza Sezione),

composta da L. Bay Larsen (relatore), presidente di sezione, J. Malenovský, M. Safjan, D. Šváby e M. Vilaras, giudici,

avvocato generale: N. Wahl

cancelliere: R. Şereş, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 13 luglio 2017,

considerate le osservazioni presentate:

- per F, da T. Fazekas e Z.B. Barcza-Szabó, ügyvédek;
- per il governo ungherese, da M.Z. Fehér, G. Koós e M.M. Tátrai, in qualità di agenti;
- per il governo francese, da D. Colas, E. de Moustier ed E. Armoët, in qualità di agenti;
- per il governo dei Paesi Bassi, da M. Gijzen e M. Bulterman, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da M. Condou-Durande e A. Tokár, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 5 ottobre 2017,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione dell’articolo 1 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (in prosieguo: la «Carta») e dell’articolo 4 della direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone



aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (GU 2011, L 337, pag. 9).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra F, cittadino nigeriano, e il Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal (ufficio per l'immigrazione e la cittadinanza, Ungheria) (in prosieguo: l'«Ufficio») in merito alla decisione con la quale quest'ultimo respingeva la domanda di asilo presentata da F e constatava che non vi erano ostacoli al suo respingimento.

Contesto normativo

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

3 L'articolo 8, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, così dispone: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza».

Diritto dell'Unione

Direttiva 2005/85/CE

4 L'articolo 2, lettera e), della direttiva 2005/85/CE del Consiglio, del 1° dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato (GU 2005, L 326, pag. 13, e rettifica in GU 2006, L 236, pag. 36), è così redatto:

«Ai fini della presente direttiva, si intende per:

(...)

e) "autorità accertante": qualsiasi organo quasi giurisdizionale o amministrativo di uno Stato membro che sia competente ad esaminare le domande di asilo e a prendere una decisione di primo grado al riguardo, fatto salvo l'allegato I».

5 L'articolo 4, paragrafo 1, primo comma, di detta direttiva dispone quanto segue: «Per tutti i procedimenti gli Stati membri designano un'autorità che sarà competente per l'esame adeguato delle domande a norma della presente direttiva (...)».

6 L'articolo 8, paragrafo 2, della citata direttiva afferma quanto segue: «Gli Stati membri provvedono affinché le decisioni dell'autorità accertante relative alle domande di asilo siano adottate previo congruo esame (...)».

7 L'articolo 13, paragrafo 3, della stessa direttiva così prevede: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché il colloquio personale si svolga in condizioni che consentano al richiedente di esporre in modo esauriente i motivi della sua domanda. A tal fine gli Stati membri:

a) provvedono affinché la persona incaricata di condurre il colloquio abbia la competenza sufficiente per tener conto del contesto personale o generale in cui nasce la domanda, compresa l'origine culturale o la vulnerabilità del richiedente, per quanto ciò sia possibile; (...))».

8 L'articolo 39, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2005/85 è redatto nei seguenti termini: «1. Gli Stati membri dispongono che il richiedente asilo abbia diritto a un mezzo di impugnazione efficace dinanzi a un giudice avverso i seguenti casi:

a) la decisione sulla sua domanda di asilo, (...)

(...)



2. Gli Stati membri prevedono i termini e le altre norme necessarie per l'esercizio, da parte del richiedente, del diritto ad un mezzo di impugnazione efficace di cui al paragrafo 1».

Direttiva 2011/95

9 Il considerando 30 della direttiva 2011/95 è formulato come segue:

«È altresì necessario introdurre una definizione comune del motivo di persecuzione costituito dall'«appartenenza ad un determinato gruppo sociale». Per la definizione di un determinato gruppo sociale, occorre tenere debito conto degli aspetti connessi al sesso del richiedente, tra cui l'identità di genere e l'orientamento sessuale, che possono essere legati a determinate tradizioni giuridiche e consuetudini, che comportano ad esempio le mutilazioni genitali, la sterilizzazione forzata o l'aborto coatto, nella misura in cui sono correlati al timore fondato del richiedente di subire persecuzioni».

10 L'articolo 4 della medesima direttiva così dispone:

«1. Gli Stati membri possono ritenere che il richiedente sia tenuto a produrre quanto prima tutti gli elementi necessari a motivare la domanda di protezione internazionale. Lo Stato membro è tenuto, in cooperazione con il richiedente, a esaminare tutti gli elementi significativi della domanda.

2. Gli elementi di cui al paragrafo 1 consistono nelle dichiarazioni del richiedente e in tutta la documentazione in possesso del richiedente in merito alla sua età, estrazione, anche, ove occorra, dei congiunti, identità, cittadinanza/e, paese/i e luogo/luoghi in cui ha soggiornato in precedenza, domande d'asilo pregresse, itinerari di viaggio, documenti di viaggio nonché i motivi della sua domanda di protezione internazionale.

3. L'esame della domanda di protezione internazionale deve essere effettuato su base individuale e prevede la valutazione:

a) di tutti i fatti pertinenti che riguardano il paese d'origine al momento dell'adozione della decisione in merito alla domanda, comprese le disposizioni legislative e regolamentari del paese d'origine e le relative modalità di applicazione;

b) delle dichiarazioni e della documentazione pertinenti presentate dal richiedente che deve anche render noto se ha già subito o rischia di subire persecuzioni o danni gravi;

c) della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente, in particolare l'estrazione, il sesso e l'età, al fine di valutare se, in base alle circostanze personali del richiedente, gli atti a cui è stato o potrebbe essere esposto si configurino come persecuzione o danno grave;

d) dell'eventualità che le attività svolte dal richiedente dopo aver lasciato il paese d'origine abbiano mirato esclusivamente o principalmente a creare le condizioni necessarie alla presentazione di una domanda di protezione internazionale, al fine di stabilire se dette attività espongano il richiedente a persecuzione o a danno grave in caso di rientro nel paese;

e) dell'eventualità che ci si possa ragionevolmente attendere dal richiedente un ricorso alla protezione di un altro paese di cui potrebbe dichiararsi cittadino.

(...)

5. Quando gli Stati membri applicano il principio in base al quale il richiedente è tenuto a motivare la sua domanda di protezione internazionale e qualora taluni aspetti delle dichiarazioni del richiedente non siano suffragati da prove documentali o di altro tipo, la loro conferma non è comunque necessaria se sono soddisfatte le seguenti condizioni:



- a) il richiedente ha compiuto sinceri sforzi per circostanziare la domanda;
- b) tutti gli elementi pertinenti in suo possesso sono stati prodotti ed è stata fornita una spiegazione soddisfacente dell'eventuale mancanza di altri elementi significativi;
- c) le dichiarazioni del richiedente sono ritenute coerenti e plausibili e non sono in contraddizione con le informazioni generali e specifiche pertinenti al suo caso di cui si dispone;
- d) il richiedente ha presentato la domanda di protezione internazionale il prima possibile, a meno che egli non dimostri di aver avuto buoni motivi per ritardarla; e
- e) è accertato che il richiedente è in generale attendibile».

11 L'articolo 10 di detta direttiva così dispone:

«1. Nel valutare i motivi di persecuzione, gli Stati membri tengono conto dei seguenti elementi:

(...)

d) si considera che un gruppo costituisce un particolare gruppo sociale in particolare quando:

– i membri di tale gruppo condividono una caratteristica innata o una storia comune che non può essere mutata oppure condividono una caratteristica o una fede che è così fondamentale per l'identità o la coscienza che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi, e

– tale gruppo possiede un'identità distinta nel paese di cui trattasi, perché vi è percepito come diverso dalla società circostante.

In funzione delle circostanze nel paese d'origine, un particolare gruppo sociale può includere un gruppo fondato sulla caratteristica comune dell'orientamento sessuale. L'interpretazione dell'espressione "orientamento sessuale" non può includere atti penalmente rilevanti ai sensi del diritto interno degli Stati membri. (...)

(...)

2. Nell'esaminare se un richiedente abbia un timore fondato di essere perseguitato è irrilevante che il richiedente possieda effettivamente le caratteristiche razziali, religiose, nazionali, sociali o politiche che provocano gli atti di persecuzione, purché una siffatta caratteristica gli venga attribuita dall'autore delle persecuzioni».

12 L'articolo 39, paragrafo 1, primo comma, della stessa direttiva così prevede:

«Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi agli articoli 1, 2, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 16, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 e 35 entro 21 dicembre 2013. Essi comunicano immediatamente alla Commissione il testo di tali disposizioni».

13 L'articolo 40, primo comma, della direttiva 2011/95 così recita:

«La direttiva 2004/83/CE è abrogata per gli Stati membri vincolati dalla presente direttiva con effetto a decorrere da [] 21 dicembre 2013 (...).»

Direttiva 2013/32/UE

14 L'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (GU 2013, L 180, pag. 60), dispone quanto segue:

«Per tutti i procedimenti gli Stati membri designano un'autorità che sarà competente per l'esame adeguato delle domande a norma della presente direttiva. Gli Stati membri provve-



dono affinché tale autorità disponga di mezzi appropriati, in particolare di personale competente in numero sufficiente, per assolvere ai suoi compiti ai sensi della presente direttiva».

15 L'articolo 10, paragrafo 3, della medesima direttiva enuncia quanto segue:

«Gli Stati membri provvedono affinché le decisioni dell'autorità accertante relative alle domande di protezione internazionale siano adottate previo congruo esame. A tal fine gli Stati membri dispongono:

(...)

d) che il personale incaricato di esaminare le domande e decidere in merito abbia la possibilità di consultare esperti, laddove necessario, su aspetti particolari come quelli d'ordine medico, culturale, religioso, di genere o inerenti ai minori».

16 L'articolo 15, paragrafo 3, di tale direttiva prevede quanto segue:

«Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché il colloquio personale si svolga in condizioni che consentano al richiedente di esporre in modo esauriente i motivi della sua domanda. A tal fine gli Stati membri:

a) provvedono affinché la persona incaricata di condurre il colloquio abbia la competenza per tener conto del contesto personale e generale in cui nasce la domanda, compresa l'origine culturale, il genere, l'orientamento sessuale, l'identità sessuale o la vulnerabilità del richiedente;

(...))».

17 L'articolo 46, paragrafi 1 e 4, della medesima direttiva così dispone:

«1. Gli Stati membri dispongono che il richiedente abbia diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice avverso i seguenti casi:

a) la decisione sulla sua domanda di protezione internazionale, compresa la decisione:

i) di ritenere la domanda infondata in relazione allo status di rifugiato e/o allo status di protezione sussidiaria;

(...)

4. Gli Stati membri prevedono termini ragionevoli e le altre norme necessarie per l'esercizio, da parte del richiedente, del diritto ad un ricorso effettivo di cui al paragrafo 1.

(...)

(...))».

18 L'articolo 51, paragrafo 1, della direttiva 2013/32 prevede quanto segue:

«Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi agli articoli da 1 a 30, all'articolo 31, paragrafi 1, 2 e da 6 a 9, agli articoli da 32 a 46, agli articoli 49 e 50 e all'allegato I entro il 20 luglio 2015. Essi comunicano immediatamente alla Commissione il testo di tali disposizioni».

19 L'articolo 52, primo comma, di tale direttiva è del seguente tenore:

«Gli Stati membri applicano le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative di cui all'articolo 51, paragrafo 1, alle domande di protezione internazionale presentate e alle procedure di revoca della protezione internazionale avviate dopo il 20 luglio 2015 o ad una data precedente. Alle domande presentate prima del 20 luglio 2015 e alle procedure di revoca dello status di rifugiato avviate prima di tale data si applicano le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative adottate ai sensi della direttiva 2005/85/CE».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali



20 F ha proposto, nel corso del mese di aprile 2015, una domanda di asilo presso le autorità ungheresi.

21 A sostegno di tale domanda ha fatto valere, fin dal primo colloquio condotto dall'Ufficio, che aveva motivo di temere una persecuzione nel suo paese d'origine a causa della propria omosessualità.

22 Con decisione del 1° ottobre 2015, l'Ufficio ha respinto detta domanda. Al riguardo esso considerava che le dichiarazioni di F. non presentavano contraddizioni fondamentali, ma concludeva che quest'ultimo non era credibile sulla base di una perizia effettuata da uno psicologo. Questa perizia comprendeva un esame esplorativo, un esame della personalità e vari test di personalità, vale a dire un esame effettuato in base al disegno di una persona sotto la pioggia e i test di Rorschach e Szondi, e conteneva la conclusione che non era possibile confermare l'affermazione di F relativa al suo orientamento sessuale.

23 F ha impugnato la decisione dell'Ufficio dinanzi al giudice del rinvio, sostenendo in particolare che i test psicologici da lui subiti avevano gravemente violato i suoi diritti fondamentali, senza consentire di valutare l'attendibilità del suo orientamento sessuale.

24 Il giudice del rinvio rileva che il ricorrente nel procedimento principale non è stato in grado di indicare concretamente in che modo tali test violassero i diritti fondamentali garantiti dalla Carta. Esso precisa inoltre che il ricorrente ha dichiarato di non essere stato sottoposto ad alcun esame fisico, né di essere stato costretto a guardare immagini o filmati di contenuto pornografico.

25 A seguito di una misura istruttoria disposta dal giudice del rinvio, l'Igazságügyi Szakértői és Kutató Intézet (Istituto degli esperti e ricercatori giudiziari, Ungheria) ha redatto una relazione peritale da cui risulta che i metodi utilizzati nel corso del procedimento di esame di domanda di asilo non ledono la dignità umana e possono, a fianco di una «ricerca adeguata», dare un'immagine dell'orientamento sessuale di una persona, nonché, se del caso, rimettere in discussione la fondatezza delle affermazioni di una persona al riguardo. Il giudice del rinvio precisa che si considera vincolato dalle conclusioni contenute in tale relazione.

26 Date tali circostanze, lo Szegedi Közigazgatási és Munkügyi Bíróság (Tribunale amministrativo e del lavoro di Szeged, Ungheria) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 4 della direttiva 2011/95 debba essere interpretato, alla luce dell'articolo 1 della Carta, nel senso che esso non osta a che, in relazione a richiedenti asilo appartenenti alla comunità lesbiche, gay, bisessuali, transgender e intersessuali (LGBTI), si richieda e si valuti la perizia di uno psicologo forense, basata su test proiettivi della personalità, quando per la sua elaborazione non si pongano domande sui comportamenti sessuali del richiedente asilo, né tantomeno si sottoponga quest'ultimo a un esame fisico.

2) Qualora la perizia di cui alla prima questione non possa essere utilizzata come elemento di prova, se l'articolo 4 della direttiva 2011/95 debba essere interpretato, alla luce dell'articolo 1 della Carta, nel senso che, quando la domanda di asilo si fonda sulla persecuzione basata sull'orientamento sessuale, né le autorità amministrative nazionali, né quelle giurisdizionali possono esaminare, attraverso metodi peritali, la veridicità delle affermazioni del richiedente asilo, a prescindere dalle peculiarità di detti metodi».



Sulle questioni pregiudiziali

Sulla seconda questione

27 Con la sua seconda questione, che occorre esaminare in primo luogo, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 4 della direttiva 2011/95 debba essere interpretato nel senso che osta a che l'autorità competente per l'esame delle domande di protezione internazionale o i giudici aditi, se del caso, di un ricorso contro una decisione di tale autorità, dispongano una perizia nell'ambito dell'esame dei fatti e delle circostanze riguardanti l'asserito orientamento sessuale di un richiedente.

28 È importante sottolineare che le dichiarazioni di un richiedente protezione internazionale relative al suo orientamento sessuale costituiscono, tenuto conto del contesto particolare in cui si inseriscono le domande di protezione internazionale, soltanto il punto di partenza nel processo di esame dei fatti e delle circostanze previsto all'articolo 4 della direttiva 2011/95 (v., per analogia, sentenza del 2 dicembre 2014, A e a., da C-148/13 a C-150/13, EU:C:2014:2406, punto 49).

29 Ne consegue che, benché spetti al richiedente protezione internazionale identificare tale orientamento, che costituisce un elemento rientrante nella sua sfera personale, le domande di protezione internazionale motivate da un timore di persecuzione a causa di detto orientamento, così come le domande fondate su altri motivi di persecuzione, possono essere oggetto del processo di valutazione previsto all'articolo 4 della medesima direttiva (v., per analogia, sentenza del 2 dicembre 2014, A e a., da C-148/13 a C-150/13, EU:C:2014:2406, punto 52).

30 A tale riguardo, occorre ricordare che l'orientamento sessuale è un elemento idoneo a dimostrare l'appartenenza del richiedente ad un particolare gruppo sociale, ai sensi dell'articolo 2, lettera d), della direttiva 2011/95, quando il gruppo delle persone i cui membri condividono lo stesso orientamento sessuale è percepito dalla società circostante come diverso (v., in tal senso, sentenza del 7 novembre 2013, X e a., da C-199/12 a C-201/12, EU:C:2013:720, punti 46 e 47), come conferma del resto l'articolo 10, paragrafo 1, lettera d), di tale direttiva.

31 Tuttavia, risulta dall'articolo 10, paragrafo 2, di tale direttiva che, quando gli Stati membri valutano se un richiedente ha un fondato timore di essere perseguitato, è irrilevante se egli possieda effettivamente la caratteristica relativa all'appartenenza a un determinato gruppo sociale all'origine della persecuzione, sempre che tale caratteristica gli sia attribuita dall'autore della persecuzione.

32 Pertanto, non è sempre necessario, per pronunciarsi su una domanda di protezione internazionale motivata da un timore di persecuzione a causa dell'orientamento sessuale, valutare l'attendibilità dell'orientamento sessuale del richiedente nell'ambito dell'esame dei fatti e delle circostanze previsto all'articolo 4 di detta direttiva.

33 Ciò considerato, si deve rilevare che l'articolo 4, paragrafo 3, della direttiva 2011/95 elenca gli elementi di cui le autorità competenti devono tener conto al momento dell'esame individuale di una domanda di protezione internazionale e che l'articolo 4, paragrafo 5, di tale direttiva precisa le condizioni nelle quali uno Stato membro, che applica il principio secondo cui spetta al richiedente motivare la domanda, deve considerare che taluni aspetti delle dichiarazioni del richiedente non richiedono conferma. Tali condizioni comprendono, in particolare, il fatto che le dichiarazioni del richiedente siano ritenute coerenti e plausibili



e non siano in contraddizione con le informazioni generali e specifiche note e pertinenti alla sua domanda, e la circostanza che abbia potuto essere accertata la generale credibilità del richiedente.

34 A tale proposito, occorre constatare che tali disposizioni non limitano i mezzi di cui possono disporre tali autorità e, in particolare, non escludono il ricorso alle perizie nell'ambito del processo di valutazione dei fatti e delle circostanze al fine di stabilire con maggiore precisione le reali esigenze di protezione internazionale del richiedente.

35 Tuttavia, le modalità di un eventuale ricorso, in tale contesto, a una perizia, devono essere conformi alle altre disposizioni di diritto dell'Unione pertinenti, in particolare ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta, quali il diritto al rispetto della dignità umana, sancito all'articolo 1 della Carta, nonché il diritto al rispetto della vita privata e familiare, garantito dall'articolo 7 della medesima (v., in tal senso, sentenza del 2 dicembre 2014, A e a., da C-148/13 a C-150/13, EU:C:2014:2406, punto 53).

36 Anche se le disposizioni dell'articolo 4 della direttiva 2011/95 sono applicabili a tutte le domande di protezione internazionale, a prescindere dai motivi di persecuzione adottati a sostegno di tali domande, spetta alle autorità competenti adeguare le loro modalità di valutazione delle dichiarazioni e degli elementi di prova documentali o di altro tipo in funzione delle caratteristiche proprie di ciascuna categoria di domanda di protezione internazionale nel rispetto dei diritti garantiti dalla Carta (v., per analogia, sentenza del 2 dicembre 2014, A e a., da C-148/13 a C-150/13, EU:C:2014:2406, punto 54).

37 Non si può escludere che, nel particolare contesto della valutazione delle dichiarazioni di un richiedente protezione internazionale relative al suo orientamento sessuale, alcune forme di consulenza si rivelino utili per l'esame dei fatti e delle circostanze e si possa ricorrere ad esse senza compromettere i diritti fondamentali di tale richiedente.

38 Infatti, come sottolineato dai governi francese e dei Paesi Bassi, il ricorso a un esperto può, in particolare, consentire di raccogliere informazioni più complete sulla situazione delle persone che condividono un determinato orientamento sessuale nel paese terzo di cui è originario il richiedente.

39 L'articolo 10, paragrafo 3, lettera d), della direttiva 2013/32, che doveva, conformemente all'articolo 51, paragrafo 1, di quest'ultima, essere recepito entro il 20 luglio 2015, prevede peraltro specificamente che gli Stati membri assicurano che il personale incaricato di esaminare le domande e decidere in merito abbia la possibilità di consultare esperti, laddove necessario, su aspetti particolari come le questioni legate al genere, le quali specificamente comprendono, come risulta dal considerando 30 della direttiva 2011/95, le questioni relative all'identità di genere e all'orientamento sessuale.

40 Tuttavia, occorre rilevare, da un lato, che tanto dagli articoli 4, paragrafo 1, e 8, paragrafo 2, della direttiva 2005/85, quanto dagli articoli 4, paragrafo 1, e 10, paragrafo 3, della direttiva 2013/32, risulta che l'autorità accertante è competente a procedere ad un esame adeguato delle domande, in esito al quale essa prenderà una decisione sulle stesse. Spetta, pertanto, solo a tali autorità procedere, sotto il controllo del giudice, all'esame dei fatti e delle circostanze previsto all'articolo 4 della direttiva 2011/95 (v., in tale senso, sentenza del 26 febbraio 2015, Shepherd, C-472/13, EU:C:2015:117, punto 40).

41 Risulta, d'altro canto, dall'articolo 4 di tale direttiva che l'esame della domanda di protezione internazionale deve comprendere una valutazione individuale di tale domanda,



tenendo conto, in particolare, di tutti i fatti pertinenti che riguardano il paese d'origine dell'interessato al momento di statuire sulla domanda, informazioni e documenti pertinenti presentati da quest'ultimo e lo status individuale e la situazione personale di quest'ultimo. Se necessario, l'autorità competente deve inoltre prendere in considerazione le spiegazioni fornite in merito alla mancanza di elementi probanti e l'attendibilità generale del richiedente (v., per analogia, sentenze del 26 febbraio 2015, Shepherd, C-472/13, EU:C:2015:117, punto 26, e del 9 febbraio 2017, M, C-560/14, EU:C:2017:101, punto 36).

42 Ne consegue che l'autorità accertante non può fondare la propria decisione solo sulle conclusioni di una relazione peritale e che tale autorità non può, a fortiori, essere vincolata da tali conclusioni nel valutare le dichiarazioni di un richiedente relative al suo orientamento sessuale.

43 Per quanto riguarda la possibilità, per un giudice investito di un ricorso diretto contro una decisione dell'autorità accertante recante rigetto della domanda di protezione internazionale, di disporre una perizia, occorre aggiungere che sia l'articolo 39, paragrafo 1, della direttiva 2005/85, sia l'articolo 46, paragrafo 1, della direttiva 2013/32, prevedono che il richiedente ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice avverso tale decisione, senza delimitare specificamente i mezzi istruttori che tale giudice ha il diritto di disporre.

44 L'articolo 39, paragrafo 2, della direttiva 2005/85 e l'articolo 46, paragrafo 4, della direttiva 2013/32 precisano, peraltro, che spetta agli Stati membri stabilire le norme necessarie per l'esercizio, da parte del richiedente, del diritto ad un ricorso effettivo.

45 Se tali disposizioni non escludono pertanto che un giudice disponga una perizia al fine di procedere a un controllo effettivo della decisione dell'autorità accertante, ciò non toglie che, tenuto conto, da un lato, del ruolo specifico assegnato ai giudici dall'articolo 39 della direttiva 2005/85 e dall'articolo 46 della direttiva 2013/32 e, dall'altro, delle considerazioni relative all'articolo 4 della direttiva 2011/95, figuranti al punto 41 della presente sentenza, il giudice adito non può fondare la propria decisione solo sulle conclusioni di una perizia e non può, a fortiori, essere vincolato dalla valutazione delle dichiarazioni di un richiedente relative al proprio orientamento sessuale contenuta in tali conclusioni.

46 Alla luce di tali elementi, occorre rispondere alla seconda questione che l'articolo 4 della direttiva 2011/95 deve essere interpretato nel senso che non osta a che l'autorità competente per l'esame delle domande di protezione internazionale o i giudici aditi, se del caso, con un ricorso contro una decisione di tale autorità, dispongano una perizia nell'ambito dell'esame dei fatti e delle circostanze riguardanti l'asserito orientamento sessuale di un richiedente, purché le modalità di tale perizia siano conformi ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta, detta autorità e tali giudici non fondino la loro decisione esclusivamente sulle conclusioni della relazione peritale e non siano vincolati da tali conclusioni nella valutazione delle dichiarazioni di tale richiedente relative al suo orientamento sessuale.

Sulla prima questione

47 Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 4 della direttiva 2011/95, letto alla luce della Carta, debba essere interpretato nel senso che osta all'esecuzione e all'utilizzo, al fine di valutare la veridicità dell'orientamento sessuale dichiarato da un richiedente protezione internazionale, di una perizia psicologica, come quella oggetto del procedimento principale, che ha per scopo, sulla base di test proiettivi della personalità, di fornire un'immagine dell'orientamento sessuale di tale richiedente.



48 Emerge dalla risposta fornita alla seconda questione e dalle considerazioni esposte al punto 35 della presente sentenza che, se è vero che l'articolo 4 della direttiva 2011/95 non osta a che l'autorità accertante o i giudici cui è presentato un ricorso contro una decisione di tale autorità dispongano, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, una perizia, le modalità di ricorso a tale perizia devono essere conformi, in particolare, ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta.

49 Tra i diritti fondamentali che presentano una rilevanza specifica, nell'ambito della valutazione delle dichiarazioni di un richiedente protezione internazionale, relative all'orientamento sessuale di quest'ultimo, figura in particolare il diritto al rispetto della vita privata e familiare, come sancito all'articolo 7 della Carta (v., in tal senso, sentenza del 2 dicembre 2014, A e a., da C-148/13 a C-150/13, EU:C:2014:2406, punto 64).

50 L'articolo 4 della direttiva 2011/95 deve, pertanto, essere interpretato alla luce dell'articolo 7 della Carta (v., per analogia, sentenza del 21 aprile 2016, Khachab, C-558/14, EU:C:2016:285, punto 28).

51 A tale riguardo, occorre rilevare che una perizia psicologica, come quella di cui al procedimento principale, è disposta dall'autorità accertante nell'ambito del procedimento di esame della domanda di protezione internazionale presentata dalla persona interessata.

52 Ne consegue che tale perizia è realizzata in un contesto in cui la persona chiamata a sottoporsi a test proiettivi della personalità si trova in una situazione in cui il suo futuro è fortemente dipendente dall'esito riservato da tale autorità alla sua domanda di protezione internazionale e in cui un eventuale rifiuto di sottoporsi a tali test può costituire un elemento importante su cui detta autorità si baserà allo scopo di stabilire se detta domanda sia stata sufficientemente motivata.

53 Pertanto, anche nel caso in cui l'esecuzione dei test psicologici su cui basare una perizia, come quella di cui al procedimento principale, sia formalmente subordinata al consenso della persona interessata, si deve considerare che tale consenso non è necessariamente libero, ma di fatto imposto dalla pressione delle circostanze in cui si trovano i richiedenti protezione internazionale (v., per analogia, sentenza del 2 dicembre 2014, A e a., da C-148/13 a C-150/13, EU:C:2014:2406, punto 66).

54 In tali circostanze, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 43 delle sue conclusioni, la realizzazione e l'utilizzo di una perizia psicologica come quella di cui trattasi nel procedimento principale costituisce un'ingerenza nel diritto della persona in questione al rispetto della sua vita privata.

55 Conformemente all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla medesima devono essere previste dalla legge e rispettare il loro contenuto essenziale. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni all'esercizio di tali diritti e libertà solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione europea o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

56 Relativamente, in particolare, alla proporzionalità dell'ingerenza constatata, va rammentato che il principio di proporzionalità, richiede, secondo una costante giurisprudenza della Corte, che gli atti adottati non superino i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che gli inconvenienti causati dalla stessa non devono essere sproporzionati rispetto agli



scopi perseguiti (v., in tal senso, sentenze del 10 marzo 2005, Tempelman e van Schaijk, C-96/03 e C-97/03, EU:C:2005:145, punto 47; del 16 luglio 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, punto 123, nonché del 15 febbraio 2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punto 54).

57 In questo contesto, se un'ingerenza nella vita privata di un richiedente può essere giustificata dalla ricerca di elementi che consentano di valutarne le reali esigenze di protezione internazionale, spetta all'autorità accertante di valutare, sotto il controllo del giudice, il carattere appropriato e necessario alla realizzazione di tale obiettivo di una perizia psicologica che essa intende ordinare o di cui desidera tenere conto.

58 A tale riguardo, si deve sottolineare che il carattere appropriato di una perizia come quella di cui trattasi nel procedimento principale può essere ammesso solo se quest'ultima è fondata su metodi e principi sufficientemente affidabili alla luce degli standard riconosciuti dalla comunità scientifica internazionale. Si deve rilevare al riguardo che, se è vero che non spetta alla Corte pronunciarsi su tale questione, che risulta, comportando una valutazione dei fatti, di competenza del giudice nazionale, l'affidabilità di tale perizia è stata fortemente contestata dai governi francese e dei Paesi Bassi, nonché dalla Commissione.

59 In ogni caso, l'impatto di una perizia come quella di cui al procedimento principale sulla vita privata del richiedente appare sproporzionato rispetto all'obiettivo perseguito, dal momento che la gravità dell'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata che essa integra non può essere considerata proporzionata all'utilità che tale perizia potrebbe eventualmente presentare per l'esame dei fatti e delle circostanze previsto all'articolo 4 della direttiva 2011/95.

60 Infatti, in primo luogo, l'ingerenza nella vita privata del richiedente protezione internazionale costituita dall'esecuzione e dall'utilizzo di una perizia, come quella di cui al procedimento principale, presenta, alla luce della natura e della finalità di quest'ultima, una particolare gravità.

61 Infatti, tale perizia si basa in particolare sul fatto che la persona interessata si sottopone a una serie di test psicologici volti ad accertare un elemento essenziale dell'identità di tale persona, che riguarda la sua sfera personale, poiché si riferisce ad aspetti intimi della vita della stessa (v., in tal senso, sentenze del 7 novembre 2013, X e a., da C-199/12 a C-201/12, EU:C:2013:720, punto 46, nonché del 2 dicembre 2014, A e a., da C-148/13 a C-150/13, EU:C:2014:2406, punti 52 e 69).

62 Occorre inoltre tenere conto, al fine di valutare la gravità dell'ingerenza costituita dall'esecuzione e dall'utilizzo di una perizia psicologica come quella di cui al procedimento principale, del principio 18 dei principi di Yogyakarta sull'applicazione del diritto internazionale in materia di diritti umani in tema di orientamento sessuale e di identità di genere, a cui hanno fatto riferimento i governi francese e dei Paesi Bassi, che precisa, in particolare, che nessuno può essere costretto a subire una qualsiasi forma di test psicologico a causa del suo orientamento sessuale o della sua identità di genere.

63 Risulta dal combinato disposto di tali elementi che la gravità dell'ingerenza nella vita privata costituita dall'esecuzione e dall'utilizzo di una perizia, come quella di cui al procedimento principale, va oltre quanto implicano la valutazione delle dichiarazioni del richiedente protezione internazionale relative a un timore di persecuzione a causa del suo orien-



tamento sessuale o il ricorso ad una perizia psicologica avente uno scopo diverso da quello di stabilire l'orientamento sessuale di tale richiedente.

64 In secondo luogo, si deve ricordare che una perizia quale quella di cui trattasi nel procedimento principale rientra nell'ambito dell'esame dei fatti e delle circostanze previsto all'articolo 4 della direttiva 2011/95.

65 In questo contesto, tale perizia non può essere considerata indispensabile per confermare le dichiarazioni di un richiedente protezione internazionale relative al proprio orientamento sessuale, al fine di pronunciarsi su una domanda di protezione internazionale motivata da un timore di persecuzione a causa di tale orientamento.

66 Infatti, da una parte, lo svolgimento di un colloquio individuale condotto dal personale dell'autorità accertante è tale da contribuire alla valutazione di tali dichiarazioni, dal momento che sia l'articolo 13, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2005/85 sia l'articolo 15, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2013/32 stabiliscono che gli Stati membri provvedono affinché la persona incaricata di condurre il colloquio abbia la competenza per tener conto del contesto personale in cui è presentata la domanda, in particolare dell'orientamento sessuale del richiedente.

67 Più in generale, risulta dall'articolo 4, paragrafo 1, di tale direttiva che gli Stati membri sono tenuti a provvedere a che l'autorità accertante disponga di mezzi appropriati, in particolare di personale competente in numero sufficiente, per assolvere ai suoi compiti. Ne consegue che il personale di tale autorità deve in particolare disporre delle competenze adeguate per valutare le richieste di protezione internazionale che sono motivate da un timore di persecuzione a causa dell'orientamento sessuale.

68 Dall'altro lato, risulta dall'articolo 4, paragrafo 5, della direttiva 2011/95 che, quando gli Stati membri applicano il principio in base al quale incombe al richiedente motivare la propria domanda, le dichiarazioni del richiedente relative al suo orientamento sessuale che non sono suffragate da prove documentali o di altro tipo non necessitano di conferma se le condizioni di cui a tale disposizione sono soddisfatte, dato che tali condizioni si riferiscono, in particolare, alla coerenza e plausibilità di tali dichiarazioni e non si riferiscono in alcun modo all'esecuzione o all'impiego di una perizia.

69 Inoltre, anche supponendo che una perizia basata su testi proiettivi della personalità, come quella di cui al procedimento principale, possa contribuire a determinare con una certa affidabilità l'orientamento sessuale dell'interessato, dalle enunciazioni del giudice del rinvio risulta che le conclusioni di una siffatta perizia possono soltanto fornire un'immagine di tale orientamento sessuale. Pertanto, tali conclusioni sono, in ogni caso, approssimative e quindi di interesse limitato al fine di valutare le dichiarazioni di un richiedente protezione internazionale, in particolare quando, come nel procedimento principale, tali dichiarazioni sono prive di contraddizioni.

70 In tali circostanze, non è necessario, per rispondere alla prima questione, interpretare l'articolo 4 della direttiva 2011/95 anche alla luce dell'articolo 1 della Carta.

71 Risulta da quanto precede che occorre rispondere alla prima questione che l'articolo 4 della direttiva 2011/95, letto alla luce dell'articolo 7 della Carta, dev'essere interpretato nel senso che osta all'esecuzione e all'utilizzo, al fine di valutare la veridicità dell'orientamento sessuale dichiarato da un richiedente protezione internazionale, di una perizia psicologica, come quella oggetto del procedimento principale, che ha per scopo, sulla base di test



proiettivi della personalità, di fornire un'immagine dell'orientamento sessuale di tale richiedente.

Sulle spese

72 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

1) L'articolo 4 della direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, deve essere interpretato nel senso che non osta a che l'autorità competente per l'esame delle domande di protezione internazionale o i giudici eventualmente aditi con un ricorso contro una decisione di tale autorità, dispongano una perizia nell'ambito dell'esame dei fatti e delle circostanze riguardanti l'asserito orientamento sessuale di un richiedente, purché le modalità di tale perizia siano conformi ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, detta autorità e tali giudici non fondino la loro decisione esclusivamente sulle conclusioni contenute nella relazione peritale e non siano vincolati da tali conclusioni nella valutazione delle dichiarazioni di tale richiedente relative al suo orientamento sessuale.

2) L'articolo 4 della direttiva 2011/95, letto alla luce dell'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali, dev'essere interpretato nel senso che osta all'esecuzione e all'utilizzo, al fine di valutare la veridicità dell'orientamento sessuale dichiarato da un richiedente protezione internazionale, di una perizia psicologica, come quella oggetto del procedimento principale, che ha per scopo, sulla base di test proiettivi della personalità, di fornire un'immagine dell'orientamento sessuale di tale richiedente.



Corte di Giustizia UE, Seconda Sezione, sentenza 12 aprile 2018, causa C-550/16

Rinvio pregiudiziale – Diritto al ricongiungimento familiare – Direttiva 2003/86/CE – Articolo 2, parte iniziale e lettera f) – Nozione di “minore non accompagnato” – Articolo 10, paragrafo 3, lettera a) – Diritto di un rifugiato al ricongiungimento familiare con i suoi genitori – Rifugiato di età inferiore ai diciotto anni al momento del suo ingresso nel territorio dello Stato membro e del deposito della sua domanda di asilo, ma maggiorenne al momento in cui è adottata la decisione con la quale gli viene concesso l’asilo e in cui presenta la sua domanda di ricongiungimento familiare – Data determinante per valutare lo status di “minore” dell’interessato

Nella causa C-550/16, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal rechtbank Den Haag (Tribunale dell’Aia, Paesi Bassi), con decisione del 26 ottobre 2016, pervenuta in cancelleria il 31 ottobre 2016, nel procedimento

A,

S

contro

Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta da M. Ilešič (relatore), presidente di sezione, A. Rosas, C. Toader, A. Prechal ed E. Jarašiūnas, giudici,

avvocato generale: Y. Bot

cancelliere: M. Ferreira, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 14 settembre 2017,

considerate le osservazioni presentate:

– per A e S, da N.C. Blomjous e S. Wierink, advocaten;
– per il governo dei Paesi Bassi, da M.K. Bulterman, M.A.M. de Ree e M.H.S. Gijzen, in qualità di agenti;

– per il governo polacco, da B. Majczyna, in qualità di agente;

– per la Commissione europea, da C. Cattabriga e G. Wils, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 26 ottobre 2017,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione dell’articolo 2, parte iniziale e lettera f), della direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare (GU 2003, L 251, pag. 12).

2 Tale domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia tra, da un lato, A e S, cittadini eritrei, e, dall’altro, lo staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (Segretario di Sta-



to alla Sicurezza e alla Giustizia, Paesi Bassi) (in prosieguo: il «Segretario di Stato»), in merito al rifiuto di quest'ultimo di accordare ad A e S nonché ai loro tre figli minorenni un'autorizzazione di soggiorno temporanea a fini di ricongiungimento familiare con la loro figlia maggiore.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

Direttiva 2003/86

3 La direttiva 2003/86 fissa le condizioni dell'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare di cui dispongono i cittadini di paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio degli Stati membri.

4 I considerando 2, 4, 6 e da 8 e 10 della direttiva 2003/86 sono così formulati:

«(2) Le misure in materia di ricongiungimento familiare dovrebbero essere adottate in conformità con l'obbligo di protezione della famiglia e di rispetto della vita familiare che è consacrato in numerosi strumenti di diritto internazionale. La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali ed i principi riconosciuti in particolare nell'articolo 8 della [convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950] e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

(...)

(4) Il ricongiungimento familiare è uno strumento necessario per permettere la vita familiare. Esso contribuisce a creare una stabilità socioculturale che facilita l'integrazione dei cittadini di paesi terzi negli Stati membri, permettendo d'altra parte di promuovere la coesione economica e sociale, obiettivo fondamentale della Comunità, enunciato nel trattato.

(...)

(6) Al fine di assicurare la protezione della famiglia ed il mantenimento o la creazione della vita familiare è opportuno fissare, sulla base di criteri comuni, le condizioni materiali per l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare.

(...)

(8) La situazione dei rifugiati richiede un'attenzione particolare, in considerazione delle ragioni che hanno costretto queste persone a fuggire dal loro paese e che impediscono loro di vivere là una normale vita familiare. In considerazione di ciò, occorre prevedere condizioni più favorevoli per l'esercizio del loro diritto al ricongiungimento familiare.

(9) Il ricongiungimento familiare dovrebbe riguardare in ogni caso i membri della famiglia nucleare, cioè il coniuge e i figli minorenni.

(10) Dipende dagli Stati membri decidere se autorizzare la riunificazione familiare per parenti in linea diretta ascendente, figli maggiorenni non coniugati, (...).

5 L'articolo 2 della direttiva 2003/86 così dispone:

«Ai fini della presente direttiva, si intende per:

a) "cittadino di un paese terzo": chiunque non sia cittadino dell'Unione ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del trattato;

b) "rifugiato": il cittadino di un paese terzo o l'apolide cui sia riconosciuto lo status di rifugiato ai sensi della convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 28 luglio 1951, modificata dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967;

c) "soggiornante": il cittadino di un paese terzo legalmente soggiornante in uno Stato membro che chiede o i cui familiari chiedono il ricongiungimento familiare;



d) "ricongiungimento familiare": l'ingresso e il soggiorno in uno Stato membro dei familiari di un cittadino di un paese terzo che soggiorna legalmente in tale Stato membro, al fine di conservare l'unità familiare, indipendentemente dal fatto che il legame familiare sia anteriore;

(...)

f) "minore non accompagnato": il cittadino di paesi terzi o l'apolide d'età inferiore ai diciotto anni che giunga nel territorio dello Stato membro senza essere accompagnato da un adulto che ne sia responsabile in base alla legge o agli usi, fino a quando non sia effettivamente affidato ad un tale adulto, o il minore che viene abbandonato dopo essere entrato nel territorio degli Stati membri».

6 L'articolo 3 della direttiva 2003/86 prevede quanto segue:

«1. La presente direttiva si applica quando il soggiornante è titolare di un permesso di soggiorno rilasciato da tale Stato membro per un periodo di validità pari o superiore a un anno, e ha una fondata prospettiva di ottenere il diritto di soggiornare in modo stabile, se i membri della sua famiglia sono cittadini di paesi terzi, indipendentemente dal loro status giuridico.

2. La presente direttiva non si applica quando il soggiornante:

a) chiede il riconoscimento dello status di rifugiato e la sua domanda non è ancora stata oggetto di una decisione definitiva;

b) è autorizzato a soggiornare in uno Stato membro in virtù di una protezione temporanea o ha chiesto l'autorizzazione a soggiornare per questo stesso motivo ed è in attesa di una decisione sul suo status;

c) è autorizzato a soggiornare in uno Stato membro in virtù di forme sussidiarie di protezione, conformemente agli obblighi internazionali, alle legislazioni nazionali o alle prassi degli Stati membri, o abbia richiesto l'autorizzazione a soggiornare per lo stesso motivo ed è in attesa di una decisione sul suo status.

(...)

5. La presente direttiva lascia impregiudicata la facoltà degli Stati membri di adottare o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli».

7 L'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2003/86 dispone quanto segue:

«In virtù della presente direttiva e fatto salvo il rispetto delle condizioni stabilite al capo IV, gli Stati membri possono, per via legislativa o regolamentare, autorizzare l'ingresso e il soggiorno dei seguenti familiari:

a) gli ascendenti diretti di primo grado del soggiornante o del suo coniuge, quando sono a carico di questi ultimi e non dispongono di un adeguato sostegno familiare nel paese d'origine;

(...))».

8 L'articolo 5 della direttiva 2003/86 così recita:

«1. Gli Stati membri determinano se, per esercitare il diritto al ricongiungimento familiare, la domanda di ingresso e di soggiorno debba essere presentata alle autorità competenti dello Stato membro interessato dal soggiornante o dal familiare o dai familiari.

(...)



4. Non appena possibile e comunque entro nove mesi dalla data di presentazione della domanda le autorità competenti dello Stato membro comunicano per iscritto alla persona che ha presentato la domanda la loro decisione.

In circostanze eccezionali dovute alla complessità della domanda da esaminare, il termine di cui al comma precedente può essere prorogato.

La decisione di rifiuto della domanda è debitamente motivata. Eventuali conseguenze della mancata decisione allo scadere del termine di cui al primo comma sono disciplinate dalla legislazione nazionale dello Stato membro interessato.

5. Nell'esame della domanda, gli Stati membri tengono nella dovuta considerazione l'interesse superiore dei minori».

9 L'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/86 prevede che gli Stati membri possono chiedere alla persona che presenta la domanda di ricongiungimento familiare di dimostrare che il soggiornante dispone di un alloggio, di un'assicurazione contro le malattie e di risorse che soddisfino i requisiti elencati dalla suddetta disposizione.

10 Il capo V della direttiva 2003/86, intitolato «Ricongiungimento familiare dei rifugiati», contiene gli articoli da 9 a 12. L'articolo 9, paragrafi 1 e 2, della direttiva in parola stabilisce quanto segue:

«1. Le disposizioni del presente capo si applicano al ricongiungimento familiare dei rifugiati riconosciuti dagli Stati membri.

2. Gli Stati membri possono limitare l'applicazione delle disposizioni del presente capo ai rifugiati i cui vincoli familiari siano anteriori al loro ingresso».

11 L'articolo 10 della direttiva 2003/86 così recita:

«1. L'articolo 4 si applica alla definizione di familiari con l'eccezione del terzo comma del paragrafo 1 di tale articolo che non si applica ai figli dei rifugiati.

2. Gli Stati membri possono autorizzare il ricongiungimento di altri familiari non previsti all'articolo 4, qualora essi siano a carico del rifugiato.

3. Se il rifugiato è un minore non accompagnato, gli Stati membri:

a) autorizzano l'ingresso e il soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare degli ascendenti diretti di primo grado, senza applicare le condizioni previste all'articolo 4, paragrafo 2, lettera a);

b) possono autorizzare l'ingresso e il soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare del suo tutore legale o di altro familiare, quando il rifugiato non abbia ascendenti diretti o sia impossibile rintracciarli».

12 L'articolo 11 della direttiva 2003/86 è così formulato:

«1. Per quanto concerne la presentazione e l'esame delle domande si applicano le disposizioni dell'articolo 5, fatto salvo il paragrafo 2 del presente articolo.

2. Qualora un rifugiato non possa fornire documenti ufficiali che provino i suoi vincoli familiari, gli Stati membri tengono conto anche di altri mezzi idonei a provare l'esistenza di tali vincoli, da valutare conformemente alla legislazione nazionale. Il rigetto della domanda non può essere motivato unicamente dall'assenza di documenti probatori».

13 L'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2003/86 dispone quanto segue:

«In deroga all'articolo 7, gli Stati membri non chiedono al rifugiato, ad un suo familiare o ai suoi familiari di fornire, in merito alle domande relative ai familiari di cui all'articolo 4, paragrafo 1, la prova che il rifugiato soddisfa le condizioni stabilite nell'articolo 7.



Fatti salvi gli obblighi internazionali, se il ricongiungimento familiare è possibile in un paese terzo con il quale il soggiornante/familiare ha legami particolari, gli Stati membri possono chiedere la prova di cui al primo comma.

Gli Stati membri possono chiedere che il rifugiato soddisfi le condizioni di cui all'articolo 7, paragrafo 1, se la domanda di ricongiungimento familiare non è presentata entro tre mesi dalla concessione dello status di rifugiato».

Direttiva 2011/95/UE

14 Ai sensi dei considerando 18, 19 e 21 della direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolide, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (GU 2011, L 337, pag. 9):

«(18) Nell'applicare la presente direttiva gli Stati membri dovrebbero attribuire fondamentale importanza all'”interesse superiore del minore”, in linea con la convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989. Nel valutare l'interesse superiore del minore gli Stati membri dovrebbero tenere debitamente presenti, in particolare, il principio dell'unità del nucleo familiare, il benessere e lo sviluppo sociale del minore, le considerazioni attinenti alla sua incolumità e sicurezza, nonché il parere del minore in funzione dell'età o della maturità del medesimo.

(19) È necessario ampliare la nozione di “familiari” tenendo conto delle diverse situazioni particolari di dipendenza e della speciale attenzione da prestare all'interesse superiore del minore.

(...)

(21) Il riconoscimento dello status di rifugiato è un atto declaratorio».

15 L'articolo 2 della direttiva 2011/95 così recita:

«Ai fini della presente direttiva, si intende per:

(...)

d) ”rifugiato”: cittadino di un paese terzo il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza a un determinato gruppo sociale, si trova fuori dal paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto paese, oppure apolide che si trova fuori dal paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno, e al quale non si applica l'articolo 12;

e) ”status di rifugiato”: il riconoscimento, da parte di uno Stato membro, di un cittadino di un paese terzo o di un apolide quale rifugiato;

(...).».

16 L'articolo 13 della direttiva 2011/95, intitolato «Riconoscimento dello status di rifugiato», dispone che «[g]li Stati membri riconoscono lo status di rifugiato al cittadino di un paese terzo o all'apolide aventi titolo al riconoscimento dello status di rifugiato in conformità dei capi II e III». Tali capi riguardano, rispettivamente, la valutazione delle domande di protezione internazionale e i requisiti per essere considerato rifugiato.

Direttiva 2013/32/UE



17 Il considerando 33 della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (GU 2013, L 180, pag. 60), è così formulato:

«L'interesse superiore del minore dovrebbe costituire una considerazione preminente degli Stati membri nell'applicazione della presente direttiva, conformemente alla [Carta dei diritti fondamentali] e [alla] convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989. Nella valutazione dell'interesse superiore del minore, gli Stati membri dovrebbero in particolare tenere debitamente conto del benessere e dello sviluppo sociale del minore, compreso il suo passato».

18 L'articolo 31 della direttiva 2013/32, intitolato «Procedura di esame», al paragrafo 7 prevede quanto segue:

«Gli Stati membri possono esaminare in via prioritaria una domanda di protezione internazionale conformemente ai principi fondamentali e alle garanzie di cui al capo II, in particolare:

- a) qualora la domanda sia verosimilmente fondata;
- b) qualora il richiedente sia vulnerabile ai sensi dell'articolo 22 della direttiva 2013/33/UE [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (GU 2013, L 180, pag. 96)], o necessiti di garanzie procedurali particolari, specialmente se si tratta di un minore non accompagnato».

Diritto dei Paesi Bassi

19 In forza dell'articolo 29, paragrafo 2, parte iniziale e lettera c), della Vreemdelingenwet 2000 (legge del 2000 sugli stranieri), ai genitori di un cittadino straniero, il quale sia un minore non accompagnato ai sensi dell'articolo 2, parte iniziale e lettera f), della direttiva 2003/86, può essere concesso un permesso di soggiorno temporaneo a titolo di asilo, ai sensi dell'articolo 28 di detta legge, se, al momento dell'ingresso del cittadino straniero in parola, essi facevano parte della sua famiglia nucleare e se sono arrivati nei Paesi Bassi contemporaneamente a tale cittadino o lo hanno raggiunto entro i tre mesi successivi al rilascio, a favore di quest'ultimo, di un permesso di soggiorno temporaneo ai sensi di tale articolo 28.

Procedimento principale e questione pregiudiziale

20 La figlia di A e di S è arrivata nei Paesi Bassi, non accompagnata, quando era ancora minorenni. Il 26 febbraio 2014, ha presentato domanda di asilo e il 2 giugno 2014 ha raggiunto la maggiore età.

21 Con decisione del 21 ottobre 2014, il Segretario di Stato ha concesso all'interessata un permesso di soggiorno a titolo di asilo valido per cinque anni, a decorrere dalla data di presentazione della domanda di asilo.

22 Il 23 dicembre 2014, l'organizzazione VluchtelingenWerk Midden-Nederland ha presentato in nome della figlia di A e di S una domanda di permesso di soggiorno temporaneo per i genitori di quest'ultima nonché per i suoi tre fratelli minorenni, ai fini del ricongiungimento familiare.

23 Con decisione del 27 maggio 2015, il Segretario di Stato ha respinto tale domanda con la motivazione che, alla data di presentazione della stessa, la figlia di A e di S era mag-



giorenne. Il reclamo proposto avverso tale decisione è stato dichiarato infondato con decisione del 13 agosto 2015.

24 Il 3 settembre 2015, A e S hanno proposto ricorso avverso tale rigetto dinanzi al rechtbank Den Haag (Tribunale dell'Aia, Paesi Bassi).

25 A sostegno del loro ricorso, A e S adducono che dall'articolo 2, parte iniziale e lettera f), della direttiva 2003/86 si ricava che, al fine di stabilire se una persona possa essere qualificata come «minore non accompagnato», ai sensi di tale disposizione, a essere decisiva è la data di ingresso dell'interessato nello Stato membro in questione. Il Segretario di Stato ritiene, invece, che a essere determinante sotto tale profilo sia la data di presentazione della domanda di ricongiungimento familiare.

26 Il giudice del rinvio rileva che il Raad van State (Consiglio di Stato, Paesi Bassi) ha dichiarato, con due sentenze del 23 novembre 2015, che il fatto che un cittadino straniero abbia raggiunto la maggiore età dopo il suo arrivo nei Paesi Bassi può essere preso in considerazione al fine di stabilire se egli rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 2, parte iniziale e lettera f), della direttiva 2003/86.

27 Il giudice del rinvio ritiene, a tale proposito, che dall'articolo 2, parte iniziale e lettera f), della direttiva 2003/86 emerga che, di norma, lo status di minore non accompagnato debba essere valutato in riferimento al momento dell'ingresso della persona interessata nel territorio dello Stato membro. È vero che tale disposizione prevederebbe due eccezioni a tale principio, ossia quella del minore inizialmente accompagnato che viene in seguito abbandonato e quella del minore non accompagnato al suo arrivo e che viene in seguito affidato a un adulto che ne sia responsabile. Tuttavia, le circostanze del caso di specie non rientrerebbero in nessuna di queste due eccezioni e nulla nel testo della suddetta disposizione lascerebbe intendere che essa consenta altre eccezioni a detto principio.

28 In tale contesto, il rechtbank Den Haag (Tribunale dell'Aia) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se, in caso di ricongiungimento familiare dei rifugiati, per “minore non accompagnato”, ai sensi dell'articolo 2, parte iniziale e lettera f), della direttiva [2003/86], si debba intendere anche un cittadino di un paese terzo o un apolide, d'età inferiore ai diciotto anni, che arrivi nel territorio di uno Stato membro senza essere accompagnato da un adulto che ne sia responsabile per legge o in base agli usi e che:

- faccia domanda di asilo,
- in pendenza della procedura d'asilo nel territorio dello Stato membro raggiunga l'età di diciotto anni,
- riceva asilo con efficacia retroattiva dalla data della domanda e
- chieda successivamente il ricongiungimento familiare».

Sulla questione pregiudiziale

29 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 2, parte iniziale e lettera f), della direttiva 2003/86 debba essere interpretato nel senso che deve essere qualificato come «minore», ai sensi di tale disposizione, un cittadino di paesi terzi o un apolide che aveva un'età inferiore ai diciotto anni al momento del suo ingresso nel territorio di uno Stato membro e della presentazione della sua domanda di asilo in tale Stato, ma che, nel corso della procedura di asilo, raggiunge la maggiore età e a cui viene, in seguito, concesso l'asilo con effetto retroattivo alla data della sua domanda.



30 A e S ritengono che a tale questione si debba rispondere in senso affermativo, mentre i governi dei Paesi Bassi e polacco nonché la Commissione europea sostengono la tesi opposta. Più precisamente, il governo dei Paesi Bassi adduce che spetta agli Stati membri determinare quale sia il momento rilevante per stabilire se un rifugiato debba essere considerato un minore accompagnato, ai sensi dell'articolo 2, lettera f), della direttiva 2003/86. Il governo polacco e la Commissione, invece, ritengono che tale momento possa essere individuato sulla base di detta direttiva. Secondo la Commissione, tale momento è quello della presentazione della domanda di ricongiungimento familiare, mentre per il governo polacco è quello in cui viene adottata la decisione su tale domanda.

31 Occorre ricordare che lo scopo della direttiva 2003/86, a termini del suo articolo 1, è quello di fissare le condizioni dell'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare di cui dispongono i cittadini di paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio degli Stati membri.

32 A tale riguardo, dal considerando 8 di tale direttiva risulta che essa prevede per i rifugiati condizioni più favorevoli per l'esercizio di tale diritto al ricongiungimento familiare, giacché la loro situazione richiede un'attenzione particolare, in considerazione delle ragioni che hanno costretto queste persone a fuggire dal loro paese e che impediscono loro di vivere là una normale vita familiare.

33 Una di tali condizioni più favorevoli riguarda il ricongiungimento familiare con gli ascendenti diretti di primo grado del rifugiato.

34 Mentre, infatti, in forza dell'articolo 4, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2003/86, la possibilità di un simile ricongiungimento è, di norma, lasciata alla discrezionalità di ciascuno Stato membro e sottoposta in particolare alla condizione che gli ascendenti diretti di primo grado siano a carico del soggiornante e che non dispongano di un adeguato sostegno familiare nel paese d'origine, l'articolo 10, paragrafo 3, lettera a), di tale direttiva prevede, in deroga a tale principio, per i rifugiati minori non accompagnati, un diritto a un tale ricongiungimento, il quale non è sottoposto né a un margine di discrezionalità da parte degli Stati membri né alle condizioni stabilite al suddetto articolo 4, paragrafo 2, lettera a).

35 La nozione di «minore non accompagnato», che, nell'ambito della direttiva 2003/86, è utilizzata solo a tale articolo 10, paragrafo 3, lettera a), è definita all'articolo 2, parte iniziale e lettera f), di tale direttiva.

36 Secondo quest'ultima disposizione, per «minore non accompagnato», ai fini della direttiva 2003/86, si intende «il cittadino di paesi terzi o l'apolide d'età inferiore ai diciotto anni che giunga nel territorio dello Stato membro senza essere accompagnato da un adulto che ne sia responsabile in base alla legge o agli usi, fino a quando non sia effettivamente affidato ad un tale adulto, o il minore che viene abbandonato dopo essere entrato nel territorio degli Stati membri».

37 Tale disposizione prevede quindi due condizioni, ossia che l'interessato sia «minore» e che sia «non accompagnato».

38 Sebbene, per quanto riguarda questa seconda condizione, la suddetta disposizione si riferisca al momento dell'ingresso dell'interessato nel territorio dello Stato membro in questione, da questa stessa disposizione si ricava tuttavia che devono essere prese in considerazione anche circostanze successive, e ciò in due ipotesi. In tal senso, un minore non accompagnato al momento del suo ingresso, il quale venga successivamente affidato a un



adulto che ne sia responsabile in base alla legge o agli usi, non soddisfa questa seconda condizione, mentre un minore inizialmente accompagnato, il quale venga in seguito abbandonato, è considerato non accompagnato e pertanto la soddisfa.

39 Per quanto concerne la prima di queste due condizioni illustrate al punto 37 della presente sentenza, l'unica in esame nel procedimento principale, l'articolo 2, parte iniziale e lettera f), della direttiva 2003/86 si limita a indicare che l'interessato deve essere «d'età inferiore ai diciotto anni», senza precisare in quale momento tale condizione debba essere soddisfatta.

40 Tuttavia, da quest'ultima circostanza non discende affatto che spetti a ciascuno Stato membro decidere di quale momento tener conto per valutare se detta condizione sia soddisfatta.

41 Si deve infatti ricordare che, conformemente alla necessità di garantire tanto l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione quanto il principio di uguaglianza, una disposizione di tale diritto, la quale non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri ai fini della determinazione del suo senso e della sua portata, deve di norma essere oggetto, nell'intera Unione, di un'interpretazione autonoma e uniforme, da effettuarsi tenendo conto, in particolare, del contesto della disposizione stessa e della finalità perseguita dalla normativa in questione (sentenza del 26 luglio 2017, *Ouhrami*, C-225/16, EU:C:2017:590, punto 38 e giurisprudenza ivi citata).

42 A tale proposito, occorre rilevare, anzitutto, che né l'articolo 2, parte iniziale e lettera f), della direttiva 2003/86 né l'articolo 10, paragrafo 3, lettera a), della medesima contengono un richiamo al diritto nazionale o agli Stati membri, a differenza di altre disposizioni di questa stessa direttiva, quali l'articolo 5, paragrafo 1, e l'articolo 11, paragrafo 2, il che suggerisce che, se il legislatore dell'Unione avesse inteso rimettere alla discrezionalità di ogni Stato membro la determinazione del momento fino al quale l'interessato deve essere minore per poter beneficiare del diritto al ricongiungimento familiare con i suoi genitori, avrebbe previsto un simile rinvio anche in tale contesto.

43 Inoltre, l'articolo 10, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2003/86 impone agli Stati membri un obbligo positivo preciso, cui corrisponde un diritto chiaramente definito. Essi sono obbligati, nell'ipotesi prevista da tale disposizione, ad autorizzare il ricongiungimento familiare degli ascendenti diretti di primo grado del soggiornante senza disporre di un margine di discrezionalità.

44 Infine, non solo la direttiva 2003/86 persegue, in generale, l'obiettivo di favorire il ricongiungimento familiare e di concedere una protezione ai cittadini di paesi terzi, in particolare ai minori (v., in tal senso, sentenza del 6 dicembre 2012, *O e a.*, C-356/11 e C-357/11, EU:C:2012:776, punto 69), ma l'articolo 10, paragrafo 3, lettera a), della medesima mira nello specifico a garantire una protezione rafforzata a favore dei rifugiati che hanno lo status di minori non accompagnati.

45 Premesso ciò, se è pur vero che la direttiva 2003/86 non indica espressamente fino a quale momento un rifugiato debba essere minore per poter beneficiare del diritto al ricongiungimento familiare di cui all'articolo 10, paragrafo 3, lettera a), della medesima, dalla finalità di tale disposizione e dal fatto che essa non lasci alcun margine di manovra agli Stati membri, nonché dall'assenza di qualsiasi rinvio al diritto nazionale a tale riguardo, risulta



tuttavia che la determinazione di tale momento non può essere rimessa alla discrezionalità di ciascuno Stato membro.

46 Occorre altresì aggiungere che la situazione di cui al procedimento principale non è, su tale punto, paragonabile a quella, invocata dal governo dei Paesi Bassi, che ha dato luogo alla sentenza del 17 luglio 2014, *Noorzia* (C-338/13, EU:C:2014:2092), e nella quale era in discussione l'articolo 4, paragrafo 5, della direttiva 2003/86, il quale prevede che «[p]er assicurare una migliore integrazione ed evitare i matrimoni forzati gli Stati membri possono imporre un limite minimo di età per il soggiornante e il coniuge, che può essere al massimo pari a ventuno anni, perché il ricongiungimento familiare possa aver luogo».

47 A differenza dell'articolo 10, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2003/86, infatti, l'articolo 4, paragrafo 5, della medesima ha carattere facoltativo e lascia inoltre espressamente agli Stati membri un margine di manovra per stabilire l'età minima del soggiornante e del suo coniuge che essi intendono, eventualmente, prescrivere allo scopo legittimo di assicurare una migliore integrazione e di evitare matrimoni forzati. Pertanto, le disparità derivanti dal fatto che ogni singolo Stato membro è libero di individuare la data cui le sue autorità devono fare riferimento al fine di stabilire se la condizione relativa all'età sia soddisfatta sono perfettamente conciliabili con la natura e l'obiettivo dell'articolo 4, paragrafo 5, della direttiva 2003/86, contrariamente a quanto avviene per l'articolo 10, paragrafo 3, lettera a), della medesima.

48 Per quanto riguarda più in particolare la questione di quale sia, in definitiva, il momento con riferimento al quale deve essere valutata l'età di un rifugiato affinché quest'ultimo possa essere considerato minore, potendo così beneficiare del diritto al ricongiungimento familiare di cui all'articolo 10, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2003/86, detta questione deve essere risolta alla luce del tenore letterale, della sistematica e dell'obiettivo di tale direttiva, tenendo conto del contesto normativo nel quale essa si inserisce nonché dei principi generali del diritto dell'Unione.

49 A tale proposito, dai punti 38 e 39 della presente sentenza si evince che né il tenore letterale dell'articolo 2, parte iniziale e lettera f), della direttiva 2003/86 né quello dell'articolo 10, paragrafo 3, lettera a), della stessa consentono da soli di fornire una risposta alla suddetta questione.

50 Quanto alla sistematica della direttiva 2003/86, occorre rilevare che essa, in forza del suo articolo 3, paragrafo 2, lettera a), non si applica quando il soggiornante è un cittadino di paesi terzi che chiede il riconoscimento dello status di rifugiato e la sua domanda non è ancora stata oggetto di una decisione definitiva. L'articolo 9, paragrafo 1, di tale direttiva precisa, da parte sua, che il capo V della medesima, di cui fa parte l'articolo 10, paragrafo 3, lettera a), si applica al ricongiungimento familiare dei rifugiati riconosciuti dagli Stati membri.

51 Sebbene la possibilità per un richiedente asilo di presentare una domanda di ricongiungimento familiare sulla base della direttiva 2003/86 sia quindi soggetta alla condizione che la sua domanda di asilo sia già stata oggetto di una decisione definitiva positiva, occorre tuttavia constatare che la ratio di tale condizione risiede chiaramente nel fatto che, prima dell'adozione di una tale decisione, è impossibile sapere con certezza se l'interessato soddisfi le condizioni perché gli sia riconosciuto lo status di rifugiato, dal quale a sua volta dipende il diritto di ottenere un ricongiungimento familiare.



52 A tale proposito, si deve rammentare che lo status di rifugiato dev'essere riconosciuto a una persona che soddisfi i requisiti minimi stabiliti dal diritto dell'Unione. In forza dell'articolo 13 della direttiva 2011/95, gli Stati membri riconoscono tale status al cittadino di un paese terzo o all'apolide aventi titolo al riconoscimento dello status di rifugiato in conformità dei capi II e III di tale direttiva, senza disporre di un potere discrezionale al riguardo (v., in tal senso, sentenza del 24 giugno 2015, H.T., C-373/13, EU:C:2015:413, punto 63).

53 Il considerando 21 della direttiva 2011/95 precisa, inoltre, che il riconoscimento dello status di rifugiato è un atto ricognitivo.

54 Pertanto, dopo la presentazione di una domanda di protezione internazionale conformemente al capo II della direttiva 2011/95, qualsiasi cittadino di un paese terzo o apolide che soddisfa i requisiti sostanziali previsti dal capo III di tale direttiva beneficia di un diritto soggettivo a che gli sia riconosciuto lo status di rifugiato, e ciò ancora prima che sia stata adottata una decisione formale al riguardo.

55 Ciò considerato, far dipendere il diritto al ricongiungimento familiare di cui all'articolo 10, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2003/86 dal momento in cui l'autorità nazionale competente adotta formalmente la decisione con cui si riconosce lo status di rifugiato alla persona interessata e, dunque, dalla maggiore o minore celerità nel trattamento della domanda di protezione internazionale da parte di tale autorità comprometterebbe l'effetto utile di tale disposizione e contrasterebbe non solo con l'obiettivo della direttiva in parola, che è quello di favorire il ricongiungimento familiare e di concedere, a tale riguardo, una protezione particolare ai rifugiati, segnatamente ai minori non accompagnati, ma anche con i principi di parità di trattamento e di certezza del diritto.

56 Una simile interpretazione, infatti, comporterebbe che due rifugiati minori non accompagnati di pari età che hanno presentato nello stesso momento una domanda di protezione internazionale potrebbero, per quanto attiene al diritto al ricongiungimento familiare, essere trattati diversamente a seconda della durata di trattamento di tali domande, sulla quale essi generalmente non hanno alcuna influenza e la quale, al di là della complessità delle situazioni in questione, può dipendere sia dal carico di lavoro delle autorità competenti sia dalle scelte politiche effettuate dagli Stati membri per quanto concerne l'organico messo a disposizione di tali autorità e i casi da trattare con priorità.

57 Inoltre, tenuto conto del fatto che la durata di una procedura di asilo può essere considerevole e che, segnatamente in periodi di grande affluenza di richiedenti protezione internazionale, i termini appositamente previsti dal diritto dell'Unione sono spesso superati, far dipendere il diritto al ricongiungimento familiare dal momento in cui tale procedura è conclusa potrebbe privare un parte consistente dei rifugiati che hanno presentato la loro domanda di protezione internazionale in quanto minori non accompagnati del beneficio di tale diritto e della protezione che l'articolo 10, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2003/86 dovrebbe conferire loro.

58 D'altronde, anziché incitare le autorità nazionali a trattare in via prioritaria le domande di protezione internazionale presentate da minori non accompagnati al fine di tener conto della loro particolare vulnerabilità, possibilità adesso espressamente prevista dall'articolo 31, paragrafo 7, lettera b), della direttiva 2013/32, una simile interpretazione potrebbe avere l'effetto contrario, contrastando con l'obiettivo perseguito sia da tale direttiva sia dalle di-



rettive 2003/86 e 2011/95 di garantire che, conformemente all'articolo 24, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali, l'interesse superiore del minore sia effettivamente considerato preminente dagli Stati membri al momento dell'applicazione di tali direttive.

59 Peraltro, detta interpretazione renderebbe del tutto imprevedibile per un minore non accompagnato che ha presentato una domanda di protezione internazionale la possibilità di beneficiare del diritto al ricongiungimento familiare con i suoi genitori, il che potrebbe pregiudicare la certezza del diritto.

60 Per contro, considerare la data di presentazione della domanda di protezione internazionale come data di riferimento per valutare l'età di un rifugiato ai fini dell'applicazione dell'articolo 10, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2003/86 consente di garantire un trattamento identico e prevedibile a tutti i richiedenti che si trovano cronologicamente nella stessa situazione, assicurando che il buon esito della domanda di ricongiungimento familiare dipenda principalmente da circostanze imputabili al richiedente e non all'amministrazione, quali la durata di trattamento della domanda di protezione internazionale o della domanda di ricongiungimento familiare (v., per analogia, sentenza del 17 luglio 2014, Noorzia, C-338/13, EU:C:2014:2092, punto 17).

61 Posto che, come sostenuto dal governo dei Paesi Bassi e dalla Commissione, sarebbe incompatibile con l'obiettivo dell'articolo 10, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2003/86 che un rifugiato che aveva lo status di minore non accompagnato al momento della sua domanda ma che è diventato maggiorenne nel corso della procedura possa invocare il beneficio di tale disposizione senza alcun limite temporale al fine di ottenere un ricongiungimento familiare, la sua domanda per ottenerlo deve senz'altro essere presentata entro un termine ragionevole. Per determinare un tale termine ragionevole, la soluzione adottata dal legislatore dell'Unione nel contesto analogo dell'articolo 12, paragrafo 1, terzo comma, di tale direttiva ha valore indicativo, cosicché occorre ritenere che la domanda di ricongiungimento familiare formulata sulla base dell'articolo 10, paragrafo 3, lettera a), della suddetta direttiva debba, in linea di principio, in una situazione di tal genere, essere presentata entro un termine di tre mesi a decorrere dal giorno in cui al minore interessato è stato riconosciuto lo status di rifugiato.

62 Quanto alle altre date proposte nell'ambito del presente procedimento al fine di valutare se un rifugiato possa essere considerato minore, occorre constatare, da un lato, che la data di ingresso nel territorio di uno Stato membro non può, in linea di principio, essere ritenuta determinante in tal senso, stante il nesso intrinseco sussistente tra il diritto al ricongiungimento familiare previsto all'articolo 10, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2003/86 e lo status di rifugiato, il cui riconoscimento dipende dalla presentazione di una domanda di protezione internazionale da parte dell'interessato.

63 Per quanto riguarda, dall'altro lato, la data di presentazione della domanda di ricongiungimento familiare e la data della relativa decisione, è sufficiente ricordare che risulta, in particolare, dal punto 55 della presente sentenza che il diritto al ricongiungimento familiare previsto all'articolo 10, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2003/86 non può dipendere dal momento in cui l'autorità nazionale competente adotta formalmente la decisione che riconosce lo status di rifugiato al soggiornante. Orbene, questo è appunto quanto si verificherebbe se fosse ritenuta decisiva una di tali date, giacché, come rilevato ai punti 50 e 51



della presente sentenza, il soggiornante può presentare una domanda di ricongiungimento familiare solo dopo l'adozione della decisione con cui gli si riconosce lo status di rifugiato.

64 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione sottoposta dichiarando che il combinato disposto degli articoli 2, parte iniziale e lettera f), e 10, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2003/86 va interpretato nel senso che deve essere qualificato come «minore», ai sensi della prima di tali disposizioni, un cittadino di paesi terzi o un apolide che aveva un'età inferiore ai diciotto anni al momento del suo ingresso nel territorio di uno Stato membro e della presentazione della sua domanda di asilo in tale Stato, ma che, nel corso della procedura di asilo, raggiunge la maggiore età e ottiene in seguito il riconoscimento dello status di rifugiato.

Sulle spese

65 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

Il combinato disposto degli articoli 2, parte iniziale e lettera f), e 10, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, va interpretato nel senso che deve essere qualificato come «minore», ai sensi della prima di tali disposizioni, un cittadino di paesi terzi o un apolide che aveva un'età inferiore ai diciotto anni al momento del suo ingresso nel territorio di uno Stato membro e della presentazione della sua domanda di asilo in tale Stato, ma che, nel corso della procedura di asilo, raggiunge la maggiore età e ottiene in seguito il riconoscimento dello status di rifugiato.



Cass. civ. Sez. III, ordinanza 13 aprile 2018, n. 9178

Convivenza more uxorio – Risarcimento del danno – Prova in materia civile

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Presidente -
Dott. FRASCA Raffaele - Consigliere -
Dott. SESTINI Danilo - Consigliere -
Dott. SCODITTI Enrico - Consigliere -
Dott. RUBINO Lina - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 15431/2014 proposto da:

P.A., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA FLAMINIA 48, presso lo studio dell'avvocato FEDERICO MORLINO, rappresentato e difeso dagli avvocati OSVALDO MOSSINI, ROBERTO ROSSI giusta procura speciale a margine del ricorso;
- ricorrente-

contro

UNIPOLSAI SPA, già FONDIARIA SAI SPA, in persona del procuratore speciale Dott. G.R., elettivamente domiciliata in ROMA, FABIO ALBERICI che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato GIOVANNI CALABRESE giusta procura speciale in calce al controricorso;

IMBAI SRL, in persona del suo legale rappresentante pro tempore T.A., IMMOBILIARE ALBERGO FUNICOLARE MIRALAGO SRL in persona del suo legale rappresentante pro tempore T.A., T.A., elettivamente domiciliati in ROMA, VIA LAGO DI LESINA 35 presso lo studio dell'avvocato CLAUDIO CORATELLA che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato LUCA BAJ, giusta procura speciale in calce al controricorso;
- controricorrenti -

contro



S.L.;
- intimato -

avverso la sentenza n. 4694/2013 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 27/12/2013;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 22/11/2017 dal Consigliere Dott. LINA RUBINO.

Fatto

1. P.A. propone ricorso per cassazione, articolato in tre motivi ed illustrato da memoria, nei confronti di S.L., Immobiliare Albergo Funicolare Miralago s.r.l., IMBAI s.r.l., T.A. e Fondiaria SAI s.p.a., per la cassazione della sentenza n. 4694/2013, depositata dalla Corte d'Appello di Milano il 27.12.2013, con la quale veniva confermato il rigetto della sua domanda di risarcimento danni, patrimoniali e non patrimoniali, proposta quale convivente del defunto sig. S.N. in riferimento ai danni conseguenti alla morte di questi, che perdeva la vita precipitando nel vano ascensore dell'immobile di proprietà della Immobiliare Albergo Funicolare Miralago, mentre erano in corso lavori di ristrutturazione.

Resistono con controricorso la UnipolSai s.p.a., già Fondiaria Sai s.p.a., e, con controricorso congiunto, Immobiliare Albergo Funicolare Miralago s.r.l., IMBAI s.r.l. e T.A..

Il ricorso è stato avviato alla trattazione in adunanza camerale non partecipata.

2. Questi i fatti, per quanto ancora interessa: a seguito della morte di S.N., precipitato nel 2007 nel vano ascensore dell'Albergo Funicolare Miralago, nel 2009 P.A. iniziava una causa di risarcimento danni, assumendo che il defunto fosse all'epoca dei fatti suo convivente, pensionato e che lavorasse (benchè non in regola) nel cantiere della Immobiliare Albergo Funicolare Miralago s.r.l., ove la IMBAI s.r.l. stava svolgendo lavori di ristrutturazione. Chiedeva il risarcimento dei danni nei confronti del proprietario della struttura, dell'appaltatore, del responsabile dei lavori, del progettista e direttore dei lavori, R.S..

Venivano chiamate in causa le rispettive compagnie assicuratrici per la responsabilità civile.

Parallelamente, il figlio della vittima, S.L., introduceva autonoma causa di risarcimento danni nei confronti delle medesime persone.

Sia la P. che il S. raggiungevano un distinto accordo con l'arch. Si. e con la compagnia assicuratrice di questi, Allianz, nei confronti dei quali il processo veniva dichiarato estinto.

3. Il Tribunale di Como rigettava la domanda della P., affermando che mancasse la prova del rapporto di convivenza, in quanto le prove orali avevano dato esito contrastante, e dalle risultanze istruttorie emergeva che il S. risultava residente in (OMISSIS) al momento della sua morte, mentre la P. abitava nel paese di (OMISSIS).

4. A sua volta, la Corte d'Appello di Milano, con la sentenza qui impugnata, rigettava l'appello, ritenendo che dal contesto probatorio non emergesse a sufficienza la prova dell'esistenza di una convivenza stabile tra il S. e la P., nonostante vi fossero elementi idonei a ritenere sussistente un rapporto affettivo e una relazione di coppia, ma non un legame caratterizzato da quella stabilità e continuità che legittimano il convivente di fatto ad agire per i danni da perdita del rapporto affettivo ed eventualmente per i danni patrimoniali conseguenti alla morte del convivente.



Diritto

1. I motivi. Con il primo motivo, la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 2 Cost., in riferimento alla qualificazione della fattispecie giuridica della famiglia di fatto, nonché la violazione dell'art. 2059 c.c., in riferimento al riconoscimento dei presupposti per il risarcimento in caso di lesione del rapporto familiare di fatto.

Sostiene la ricorrente che la corte d'appello non avrebbe rispettato la nozione di famiglia di fatto esistente nel diritto vivente, in cui all'elemento soggettivo dell'affectio si associa l'elemento oggettivo della stabile convivenza.

Segnala che, nella evoluzione giurisprudenziale, in ragione delle modifiche della vita sociale, si è recepito che, se è necessaria ai fini dell'accertamento dell'esistenza di una convivenza di fatto l'esternalizzazione della stabilità del legame affettivo, alla quale deve associarsi la condivisione di compiti ed obblighi, non necessariamente tale esternalizzazione può ravvisarsi esclusivamente in presenza della coabitazione.

Richiama in particolare Cass. 7128 del 2013, che ha affermato che non necessariamente la convivenza deve coincidere con la coabitazione e definisce la convivenza come "lo stabile legame tra due persone connotato da durata e significativa comunanza di vita e di affetti". Sostiene che la corte d'appello, nel valutare le istanze istruttorie, abbia errato non solo nella valutazione in fatto (svalutando l'importanza di indici assai significativi della esistenza di una relazione stabile), ma anche in diritto, laddove si è limitata a considerare la famiglia di fatto (rectius il rapporto di convivenza), come fondato imprescindibilmente sulla coabitazione, senza considerare altri importanti e concordanti elementi (l'esistenza di un conto corrente comune, la disponibilità in capo alla ricorrente delle agende lavorative del defunto, il fatto che i carabinieri si rivolsero a lei subito dopo l'incidente, indicandola a verbale come convivente del defunto) comprovanti l'esistenza di un rapporto stabile e duraturo che, anche nell'eventuale mancanza della coabitazione, possono ritenersi sicuri indici di un legame stabile, la cui perdita sia risarcibile.

Con il secondo motivo, la P. denuncia la violazione dell'art. 2735 c.c., in riferimento alla confessione stragiudiziale resa da S.L., figlio del suo defunto convivente e parte del giudizio, in un altro processo. Sostiene che la corte d'appello non avrebbe preso in adeguata considerazione le significative dichiarazioni rese dal figlio della vittima nella comparsa di risposta depositata nel giudizio in cui il S.L., sul presupposto proprio della convivenza tra il defunto padre e la signora P., in conseguenza degli obblighi spontaneamente assunti dalla P. in ragione di tale convivenza, chiedeva che anche la ricorrente fosse chiamata a sostenere le spese per i funerali del defunto S..

Anche all'interno di questo motivo, la ricorrente si duole del fatto che la corte d'appello non abbia idoneamente considerato alcune circostanze di fatto, quali i movimenti sul conto corrente comune, il fatto che tale conto corrente comune fosse stato acceso nel comune di residenza della P., e che su di esso fossero addebitate le utenze di casa P., a riprova del fatto che il S. si era spostato a coabitare con la ricorrente. Segnala che la corte d'appello non avrebbe neppure considerato che il medico curante del defunto abitava nel paese della P., e che questa era stata indicata nel rapporto dei carabinieri come convivente, era stata chiamata dai carabinieri al verificarsi della sciagura ed aveva consegnato loro l'agenda del S. e le



sue buste paga dalle quali risultava che questi lavorasse, benchè “in nero”, nel cantiere dove si era verificato l’incidente. Ribadisce anche in questa sede che le indicate circostanze, ove considerate nel loro complesso, avrebbero dovuto portare il giudice di merito ad affermare l’esistenza di una situazione di convivenza stabile tra la ricorrente e il de cuius, presupposto per la risarcibilità del danno da perdita del convivente di fatto.

Con il terzo motivo, la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione dell’art. 2 Cost., dell’art. 2043 c.c., e dell’art. 2059 c.c., in riferimento al mancato riconoscimento della prestazione risarcitoria chiesta dalla ricorrente.

Ribadisce il proprio diritto al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale, correlando il danno patrimoniale alla perdita delle entrate del S., consistenti nella sua pensione e nelle sue benchè discontinue prestazioni lavorative remunerate, i cui proventi confluivano tutti sul conto corrente cointestato, e, quanto al risarcimento del danno non patrimoniale, ne chiede la liquidazione, in via equitativa, sulla base della valutazione presuntiva del danno conseguente alla perdita della relazione affettiva stabile, richiamando per la quantificazione le tabelle milanesi. Il terzo motivo quindi è teso ad evidenziare i criteri per la quantificazione delle due voci di danno, patrimoniale e non patrimoniale, in ordine ai quali la corte d’appello non ha preso posizione, perchè si è fermata al passaggio precedente, ritenendo la ricorrente non legittimata a chiedere il risarcimento in quanto non titolare di un rapporto di convivenza stabile, idoneamente caratterizzato da coabitazione ed affectio.

Il primo motivo è fondato e va accolto per le ragioni che seguono, con assorbimento del secondo e del terzo.

2. La motivazione della corte d’appello. La corte d’appello non esclude affatto che tra i due sussistesse una relazione affettiva stabile, al contrario, dà atto della esistenza di un rapporto affettivo e di una relazione di coppia, ed in altro punto afferma che gli stessi erano caratterizzati da “serietà dei impegni e regolarità di frequentazione nel tempo”.

Tuttavia, afferma che gli elementi allegati, che “possono ritenersi di riscontro ad un rapporto affettivo ed a una relazione di coppia tra la predetta e il de cuius, dall’altro risultano assolutamente carenti dal punto di vista del supporto probatorio necessario ad attestare un legame di convivenza che abbia le caratteristiche di continuità e di stabilità quali evidenziate dalla giurisprudenza della Suprema Corte”.

Esaminava, per pervenire a queste conclusioni, i vari elementi allegati a sostegno della convivenza dalla P. (l’esistenza di un conto corrente comune, aperto nel Comune di residenza anagrafica della ricorrente, l’indicazione nelle buste paga del defunto della residenza nel Comune di residenza anagrafica della ricorrente, la disponibilità da parte della P., presso la sua abitazione, del calendario con le annotazioni autografe del S. indicanti i giorni lavorati e delle buste paga del defunto, l’indicazione della residenza del S. presso la P. risultante dai verbali redatti nell’immediatezza del sinistro, dalla relazione del medico di base di entrambi, dalla transazione conclusa con il progettista), ritenendo insuperabile il dato che la residenza del defunto fosse rimasta, fino al momento della sua morte, nel diverso Comune di Legnano.

Concludeva affermando che le circostanze portate dalla P. nulla chiarissero “in ordine ad una effettiva convivenza che travalichi una relazione di affettività e frequentazione, per sfociare in una situazione relazionale connotata da quei caratteri di stabilità e durevolezza ri-



chiesti ed individuati dalla giurisprudenza di legittimità perchè la stessa possa essere assimilata ad un vincolo matrimoniale”.

Nella sua ricostruzione, e nelle conclusioni in diritto cui perviene la corte d'appello, escludendo la tutelabilità della posizione della P. in quanto esclude la configurabilità di un rapporto di convivenza tra i due, sono ravvisabili due diversi errori, uno di metodo e l'altro di merito.

3. Violazione del principio della necessità di una valutazione globale degli indizi. Preme sottolineare che il primo errore in cui incorre la corte territoriale non è un errore sulla valutazione degli elementi di prova raccolti, che naturalmente fa parte del giudizio di merito e non è in questa sede rinnovabile, nè tanto meno questa Corte intende rinnovarla, sovrapponendosi al controllo del giudice di merito e duplicandolo: la Corte di cassazione non può nè intende in alcun modo sostituirsi al giudice di merito nella valutazione delle prove.

E' invece un errore di diritto sul metodo da utilizzare al fine della corretta valutazione del materiale probatorio, che deve essere in questa sede rilevato: acquisita una pluralità di elementi che costituiscono indici rilevanti - nella stessa affermazione e quindi considerazione del giudice di merito - in ordine alla configurabilità di una determinata situazione produttiva di ricadute giuridicamente rilevanti, essi non possono essere poi presi in considerazione atomisticamente, ma devono essere considerati nella loro unitarietà e nella loro interazione l'uno con l'altro.

La prova presuntiva (o indiziaria) esige che il giudice prenda in esame tutti i fatti noti emersi nel corso dell'istruzione, valutandoli nel loro insieme e gli uni per mezzo degli altri. E', pertanto, erroneo l'operato del giudice di merito il quale, al cospetto di plurimi indizi, li prenda in esame e li valuti singolarmente, per poi giungere alla conclusione che nessuno di essi assurga, autonomamente, a dignità di prova (v. Cass. n. 7303 del 2012; v. anche Cass. n. 26022 del 2011, recentemente richiamata da Cass. n. 12022 del 2017; v. anche Cass. n. 5374 del 2017).

L'errore in cui cade il giudice di appello nel caso in esame consiste proprio nella valutazione frazionata dell'insieme degli indizi pur raccolti e sottoposti al suo esame. La prova presuntiva, difatti, nella sua innegabile delicatezza, postula, quale prius operativo del procedimento logico che la assiste, un'analisi dei singoli fatti sottoposti all'esame del giudice di tipo “composito”, di tipo, cioè, sinergico/valutativo, e non una scomposizione disgregata di tipo meramente addizionale e atomistica dei fatti medesimi.

Se infatti il singolo elemento, atomisticamente considerato, può non essere idoneo e sufficiente a costituire piena prova di un fatto ignoto (nel nostro caso, l'esistenza di una vera e propria convivenza tra il S. e la P.), la concorrenza e concordanza degli indizi può far sì che essi si saldino l'uno con l'altro per formare il quadro complessivo dal quale emerge come provato nella sua esistenza, il fatto ignoto.

La corte d'appello ha invece adottato l'opposto procedimento logico valutativo del frazionamento o della parcellizzazione: essa ha prima “scomposto” il coacervo indiziario in svariati momenti distinti, per poi inferirne che nessuno di questi segmenti, valutati inter se distantibus, assurgesse a necessaria dignità probatoria sotto il profilo della certezza, gravità, concordanza. E' il criterio stesso della concordanza che impone la valutazione complessiva del materiale probatorio, allo scopo di ricostruire se i vari frammenti probatori fossero atti a ricostruire, se collegati, un'unica immagine.



4. La nozione giuridicamente rilevante della convivenza di fatto e il rilievo recessivo della coabitazione.

Il secondo errore, in diritto nel quale è incorsa la corte d'appello, ricade sulla nozione di convivenza di fatto giuridicamente rilevante e meritevole di tutela anche sotto il profilo risarcitorio.

La corte d'appello, nel rigettare la domanda risarcitoria, pur formalmente richiamando la giurisprudenza di questa Corte che ha elaborato la nozione di convivenza di fatto, l'ha di fatto svuotata dall'interno, escludendo che vi fosse un supporto probatorio idoneo ad attestare le caratteristiche di continuità e stabilità della convivenza richieste dalla giurisprudenza di legittimità a fronte del fatto, cui attribuisce rilevanza dirimente, che la residenza del *de cuius* fosse rimasta fino al momento della morte in Legnano, ovvero in luogo diverso da quello di residenza della P..

E' noto che si riconosce al convivente di fatto il diritto, in caso di perdita del convivente, ad una uguale tutela rispetto al soggetto coniugato in caso di perdita del coniuge, e tuttavia che, per non estendere indefinitamente le maglie delle situazioni risarcibili fino a ricomprendervi legami labili e non sufficientemente stabilizzati e meritevoli di tutela, questa Suprema Corte ha negli anni elaborato una nozione di famiglia di fatto, o di convivenza tutelabile, all'interno della quale all'elemento soggettivo della relazione affettiva stabile si accompagna l'elemento oggettivo della reciproca, spontanea assunzione di diritti ed obblighi.

Come questa Corte ha avuto già modo di affermare, infatti, "Il diritto al risarcimento del danno da fatto illecito concretatosi in un evento mortale va riconosciuto - con riguardo sia al danno morale, sia a quello patrimoniale, che presuppone, peraltro, la prova di uno stabile contributo economico apportato, in vita, dal defunto al danneggiato - anche al convivente "more uxorio" del defunto stesso, quando risulti dimostrata tale relazione caratterizzata da tendenziale stabilità e da mutua assistenza morale e materiale; a tal fine non sono sufficienti nè le dichiarazioni rese dagli interessati per la formazione di un atto di notorietà, nè le indicazioni dai medesimi fornite alla P.A. per fini anagrafici" (Cass. n. 23725 del 2008). In altri casi si è affermato che "Il risarcimento del danno da uccisione di un prossimo congiunto spetta non soltanto ai membri della famiglia legittima della vittima, ma anche a quelli della famiglia naturale, come il convivente "more uxorio" ed il figlio naturale non riconosciuto, a condizione che gli interessati dimostrino la sussistenza di un saldo e duraturo legame affettivo tra essi e la vittima assimilabile al rapporto coniugale". (Cass. n. 12278 del 2011).

Deve sottolinearsi che, nell'illustrazione degli elementi identificativi della convivenza di fatto, all'interno della giurisprudenza della Corte, se la coabitazione è stata finora indicata come un indice rilevante e ricorrente dell'esistenza di una famiglia di fatto, individuando l'esistenza di una casa comune all'interno della quale si svolge il programma di vita comune, non è stato peraltro ritenuto un elemento imprescindibile, la cui mancanza, di per sé, fosse determinante al fine di escludere la configurabilità della convivenza.

Giova richiamare, in particolare, il principio di diritto affermato da Cass. n. 7128 del 2013, in base al quale integra di per sé un danno risarcibile ex art. 2059 c.c., giacchè lede un interesse della persona costituzionalmente rilevante, ai sensi dell'art. 2 Cost. - il pregiudizio recato al rapporto di convivenza, da intendere quale stabile legame tra due persone connotato da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti, anche quando non sia contraddistinto da coabitazione.



Deve aggiungersi che è anche necessario prendere atto del mutato assetto della società, collegato alle conseguenze di una prolungata crisi economica ma non originato soltanto da queste, dal quale emerge che ai fini della configurabilità di una convivenza di fatto, il fattore coabitazione è destinato ad assumere ormai un rilievo recessivo rispetto al passato. Non può non considerarsi infatti che: -la scelta del luogo di abitazione talvolta non può essere conforme alle preferenze delle persone o alle loro scelte affettive ma può essere necessitata dalle circostanze economiche; - la impossibilità dello Stato di mantenere tutte le provvidenze dello stato sociale porta talora gli individui a doversi attivare in supplenza del supporto assistenziale mancante, e a sostenere degli spostamenti o a scegliere il luogo di abitazione per accudire le persone del proprio nucleo familiare che ne abbiano bisogno, o comunque privilegiando le necessità di accudimento piuttosto che le esigenze della vita affettiva; - il mercato del lavoro non garantisce una regolare coincidenza del luogo di svolgimento del rapporto lavorativo con il luogo di abitazione familiare; la ricerca della miglior collocazione lavorativa porta a prescindere dalla provenienza geografica e a spostarsi con maggiore facilità in un luogo diverso da quello di provenienza o anche da quello ove si ha il proprio centro affettivo, per migliori prospettive di carriera o per realizzare un progetto che nella propria città o nel proprio paese sarebbe impossibile realizzare. A ciò si aggiunga, come ulteriore componente di cambiamento del modo di vivere e di concepire sia i rapporti sociali in generale che le relazioni interpersonali, la maggiore facilità ed economicità sia dei contatti telefonici e a video che dei trasporti.

Tutti questi fattori di un cambiamento sociale che è ormai verificato nella società comportano che si instaurino e si mantengano rapporti affettivi stabili a distanza con frequenza molto maggiore che in passato (non solo nella famiglie di fatto ma, ugualmente, anche all'interno delle famiglie fondate sul matrimonio) e devono indurre a ripensare al concetto stesso di convivenza, la cui essenza non può appiattirsi sulla coabitazione.

Sono tutte situazioni in cui può esistere una famiglia di fatto o una stabile convivenza, intesa come comunanza di vita e di affetti, in un luogo diverso rispetto a quello in cui uno dei due conviventi lavora o debba, per suoi impegni di cura e assistenza, o per suoi interessi personali o patrimoniali, trascorrere gran parte della settimana o del mese, senza che per questo venga meno la famiglia.

Esistono anche realtà in cui le famiglie, siano esse di fatto o fondate sul matrimonio, si formano senza avere neppure, per un periodo di tempo più o meno lungo, una casa comune, intesa come casa dove si svolge la vita della famiglia, in quanto ognuno dei due partners è tenuto per i propri impegni professionali o per particolari esigenze personali, a vivere o a trascorrere la gran parte della settimana o del mese in un luogo diverso dall'altro.

Alla luce di tutti questi elementi non ha più alcun senso appiattare la nozione di convivenza sulla esistenza di una coabitazione costante tra i partners, lasciando fuori dai margini della tutela ogni altra relazione, che pur sia stabile sia affettivamente sia sotto il profilo della reciproca assunzione di un impegno di assistenza e di collaborazione all'adempimento degli obblighi economici, ma sia dotata di un assetto organizzativo della vita familiare diverso da quello tradizionale.

Negare tutela a tutte queste molteplici situazioni vorrebbe dire perdere il contatto tra la necessità, esistente ed insopprimibile, di delimitare la sfera della risarcibilità alle situazioni giu-



ridicemente meritevoli di tutela, e la necessità, di non inferiore dignità, di tutelare tutte le situazioni meritevoli di tutela senza trascurarne alcuna.

Il dato della coabitazione, all'interno dell'elemento oggettivo della convivenza è quindi attualmente un dato recessivo. Esso deve essere inteso come semplice indizio o elemento presuntivo della esistenza di una convivenza di fatto, da considerare unitariamente agli altri elementi allegati e provati e non come elemento essenziale di essa, la cui eventuale mancanza, di per sé, possa legittimamente portare ad escludere l'esistenza di una convivenza.

La nozione di convivenza di fatto, intesa come un rapporto di fatto che si caratterizzi, oltre che per l'esistenza di una relazione affettiva consolidata, per la spontanea assunzione di diritti ed obblighi, tali da darle una stabilità assimilabile a quella coniugale, peraltro trova ora il suo supporto normativo nella L. n. 76 del 2016, che all'art. 1, definisce i conviventi di fatto come "due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile, individuando sempre l'elemento spirituale, il legame affettivo, e quello materiale o di stabilità, la reciproca assistenza morale e materiale, fondata in questo caso non sul vincolo coniugale e sugli obblighi giuridici che ne scaturiscono, ma sull'assunzione volontaria di un impegno reciproco.

Colpisce che questa realtà non sia stata colta affatto nella sentenza impugnata, che esclude da ogni forma di tutela la P. negandone la qualità di convivente di fatto, dopo aver passato in rassegna una sequela di indici pur esistenti, per il solo fatto, ritenuto dirimente, che il S. avesse lasciato la propria residenza anagrafica nel Comune dove vivevano il figlio e il nipote.

Conclusivamente, la sentenza impugnata deve essere pertanto cassata e la causa rinviata per un nuovo esame alla Corte d'Appello di Milano in diversa composizione che deciderà anche sulle spese del presente giudizio e si atterrà ai seguenti principi di diritto:

- si ha convivenza *more uxorio*, rilevante anche ai fini della risarcibilità del danno subito da un convivente in caso di perdita della vita dell'altro, qualora due persone siano legate da un legame affettivo stabile e duraturo, in virtù del quale abbiano spontaneamente e volontariamente assunto reciproci impegni di assistenza morale e materiale:

- ai fini dell'accertamento della configurabilità della convivenza *more uxorio*, i requisiti della gravità, della precisione e della concordanza degli elementi presuntivi, richiesti dalla legge, devono essere ricavati in relazione al complesso degli indizi (quali, a titolo meramente esemplificativo, un progetto di vita comune, l'esistenza di un conto corrente comune, la compartecipazione di ciascuno dei conviventi alle spese familiari, la prestazione di reciproca assistenza, la coabitazione), i quali devono essere valutati non atomisticamente ma nel loro insieme e l'uno per mezzo degli altri.

Ne consegue che deve ritenersi censurabile in sede di legittimità la decisione in cui il giudice si sia limitato a negare valore indiziario agli elementi acquisiti in giudizio senza accertare se essi, quand'anche singolarmente sforniti di valenza indiziaria, non fossero in grado di acquisirla ove valutati nella loro sintesi, nel senso che ognuno avrebbe potuto rafforzare e trarre vigore dall'altro in un rapporto di vicendevole completamento.



P.Q.M.

Accoglie il primo motivo di ricorso, assorbiti gli altri, cassa e rinvia alla Corte d'Appello di Milano in diversa composizione anche per le spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Corte di Cassazione, il 22 novembre 2017.

Depositato in Cancelleria il 13 aprile 2018



Cass. civ. Sez. I, sentenza 20 marzo 2018, n. 6963

Adozione – Diritto di conoscere le proprie origini – Riservatezza

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. DI PALMA Salvatore - Presidente -
Dott. DOGLIOTTI Massimo - Consigliere -
Dott. GENOVESE Francesco A. - Consigliere -
Dott. BISOGNI Giacinto - Consigliere -
Dott. ACIERNO Maria - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 16038/2014 proposto da:
Z.P.L., domiciliato in Roma, Piazza Cavour, presso la Cancelleria Civile della Corte di Cassazione, rappresentato e difeso dagli avvocati Ferlisi Filippo, Cavaglià Elena, giusta procura in calce al ricorso;
- ricorrente -

contro

Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Torino;
- intimato -

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di TORINO, depositata il 27/12/2013;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 29/05/2017 dal cons. ACIERNO MARIA;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SORRENTINO Federico, che ha concluso per: istanza di rimessione alle SS.UU. in ordine al potere d'intervento del P.G. nel giudizio d'appello, in subordine nel merito, accoglimento.

Fatto

1. La Corte d'Appello di Torino, sezione minori e famiglia, confermando quanto deciso dal Tribunale per i minorenni, ha rigettato l'istanza di acquisizione delle generalità delle proprie



sorelle, proposta da Z.P.L.. A sostegno della richiesta lo Z. ha riferito che sia lui che le sue sorelle venivano adottati da famiglie diverse e di aver rivolto già due istanze analoghe al riguardo, ugualmente rigettate.

Secondo l'istante doveva trovare applicazione la Convenzione Internazionale sui diritti dell'infanzia del 20/11/1989, meglio conosciuta come Convenzione di New York e poteva essere applicato quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il Tribunale per i minorenni può procedere ad un bilanciamento tra il diritto al legame familiare ed il diritto alla riservatezza dei fratelli biologici, così come affermato in qualche sentenza di merito.

1.1 Il Procuratore Generale in appello aveva richiesto che si procedesse all'audizione delle sorelle per verificarne il consenso all'accesso ai dati, ed in caso di risposta affermativa, aveva chiesto che il reclamante fosse autorizzato all'accesso.

1.2 A sostegno della reiezione della domanda la Corte d'Appello ha affermato:

la L. n. 184 del 1983, art. 28, commi 4 e 5, indicano le ipotesi in cui è possibile accedere alle informazioni relative all'identità dei genitori biologici e all'origine dell'adottato, mentre il comma 6, prevede l'ascolto delle persone individuate dal Tribunale. Il diritto ai legami familiari è stato di conseguenza considerato ed apprezzato limitatamente alle origini e all'identità dei genitori biologici. Nel caso di specie è stato fatto valere il diritto alla relazione con le sorelle biologiche che sono state adottate ma su tale diritto risulta prevalente quello alla riservatezza delle sorelle tutelato addirittura mediante la previsione del reato di cui alla L. n. 184 del 1983, art. 73. L'accesso ai dati dei fratelli biologici adottati non è previsto al pari di un'istruttoria preventiva nei loro confronti ed anche l'ascolto finalizzato a verificare il consenso all'accesso ai dati sarebbe destinato a ripercuotersi sui delicati equilibri connessi allo stato di soggetto adottato delle sorelle oltre che sui genitori adottivi delle stesse.

2. Avverso tale pronuncia ha proposto ricorso per cassazione Z.P. affidato a due motivi accompagnati da memoria. Il ricorso inizialmente destinato alla trattazione camerale presso la Sesta Sezione di questa Corte ex art. 380 bis c.p.c., è stato rimesso alla pubblica udienza.

Diritto

3. Il ricorrente, prima di illustrare i due motivi di ricorso ha precisato nei termini che seguono la questione da risolvere:

il diritto ai legami familiari è stato considerato ed apprezzato dal legislatore limitatamente all'origine ed all'identità dei genitori biologici o anche con riferimento alla relazione con le sorelle o fratelli biologici, alla stregua dell'interpretazione sistematica delle norme sovranazionali e nazionali, confortata dai principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale nonchè di legittimità e merito? 4. Le censure formulate sono le seguenti:

4.1 nel primo motivo viene dedotta la violazione degli artt. 7 e 8 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 ottobre 1989, resa esecutiva con la L. n. 176 del 1991, laddove si impone il rispetto dei diritti del minore ivi compresi quelli volti a preservare la sua identità, il suo nome e le sue relazioni familiari. Per l'adottato l'identità consiste proprio nel ricercare le proprie origini, le proprie radici e conoscere le informazioni relative alla famiglia biologica. Viene altresì dedotta la violazione dell'art. 30, della Convenzione dell'Aja 29 maggio 1993, resa esecutiva con la L. n. 476 del 1998, e l'errata interpretazione della L. n. 184 del 1983, art. 28, commi 4 e 5, ritenendo che si possano comprendere nei legami fa-



miliari anche i fratelli. Infine, in relazione al diritto alla riservatezza delle sorelle, il ricorrente rileva che il diritto azionato è di natura esclusiva ed attuale, essendo riconosciuto da norme costituzionali e convenzionali. Il pregiudizio dovuto all'ascolto od interpellato delle sorelle è invece soltanto ipotetico.

La riservatezza peraltro può essere tutelata mediante adeguata istruttoria tendente ad accertare quale potrebbe essere la reazione delle sorelle alla predetta richiesta.

4.2. Nel secondo motivo si sviluppa quest'ultimo profilo anche ex art. 360 c.p.c., n. 5. Il ricorrente sottolinea come una fase istruttoria riservata preserverebbe i diritti concorrenti delle sorelle.

5. In ordine alla preliminare richiesta del Procuratore generale di rimessione del ricorso alle Sezioni Unite, sul rilievo dell'omessa notifica del ricorso al pubblico ministero e del suo mancato intervento nel giudizio d'appello, il Collegio ritiene di poter disattendere tale istanza.

L'esame testuale dell'art. 28 consente di escludere l'obbligatorietà della partecipazione del pubblico ministero ai procedimenti che hanno ad oggetto le informazioni relative all'identità dei genitori biologici dell'adottato, maggiore di età.

Secondo il paradigma normativo, superato il venticinquesimo anno di età, all'adottato è consentito l'accesso "alle informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici".

In questa ipotesi, coincidente dal punto di vista anagrafico con il caso di specie, il legislatore, coerentemente con lo statuto costituzionale del diritto all'identità personale, ha ritenuto in via generale, la prevalenza del diritto a conoscere le proprie origini rispetto a quello potenzialmente contrapposto dei genitori biologici. Prima del raggiungimento dell'età di 25 anni l'accesso è, invece, consentito solo se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla salute psico fisica dell'adottato. In questa peculiare ipotesi, il Tribunale per i minorenni accerta che l'accesso alle notizie non comporti grave turbamento all'equilibrio psico fisico del richiedente.

Il procedimento non richiede l'instaurazione del contraddittorio in quanto, come già rilevato, il diritto a conoscere le proprie origini, nella ipotesi sopra esaminata, può essere limitato od impedito soltanto dall'accertamento di un pregiudizio per la sfera psico fisica del richiedente, reputato così grave da far recedere il diritto alla conoscenza delle proprie origini. La valutazione del tribunale per i minorenni non ha ad oggetto la comparazione od il bilanciamento con i diritti della persona eventualmente confliggenti dei destinatari delle istanze conoscitive dell'adottato, ma rimane ancorata alla sfera personale del richiedente, alla costruzione della sua identità, all'esame dell'incidenza della conoscenza delle proprie origini sullo sviluppo equilibrato della sua personalità, avendo ritenuto il legislatore con valutazione, svolta in via generale ed ex ante, che la giovane età del richiedente, ancorchè maggiorenni, imponga particolari cautele.

Anche in questo procedimento, tuttavia, può escludersi l'intervento necessario del pubblico ministero, trattandosi dell'esercizio di un diritto che può soltanto essere temporalmente differito ma non compresso od escluso, avendo natura potestativa dopo il compimento dei 25 anni (S.U. n. 1946 del 2017).

Può, pertanto, ritenersi che soltanto nell'ipotesi disciplinata all'art. 28, comma 4, si possa porre in concreto la questione della necessità dell'intervento del pubblico ministero. La



norma contiene un'esplicita deroga al principio generale, stabilito nei commi precedenti, del divieto di fornire informazioni, sui genitori biologici del minore adottato, ai genitori adottivi. Solo per gravi e comprovate ragioni, legate a problemi sanitari, il Tribunale per i minorenni può accogliere tale richiesta, previa "adeguata preparazione ed assistenza del minore". Le informazioni in questione possono essere fornite anche al responsabile di una struttura ospedaliera o di un presidio sanitario, ove ricorrano i presupposti della necessità e dell'urgenza e vi sia grave pericolo per la salute del minore.

Nei commi successivi, relativi al diritto di conoscere le proprie origini dell'adottato maggiore di età, il procedimento si caratterizza per la mancanza di contraddittorio, svolgendosi nei confronti di una sola parte, e per la conseguente assenza di un interesse di natura pubblicistica comparabile con quello relativo ai soggetti minori di età, il quale, invece, richiede in via generale il controllo e, quando previsto dalla legge, l'iniziativa dell'ufficio del pubblico ministero.

5. Si ritiene opportuno rilevare, a fini di completezza, che la mancata notifica del ricorso per cassazione al Pubblico Ministero, anche nei procedimenti nei quali sia previsto il suo intervento ma non il potere di promuovere l'accertamento giudiziale, secondo il consolidato orientamento di questa Corte, non determina l'inammissibilità del ricorso stesso tutte le volte che le sue funzioni s'identificano con quelle svolte dal procuratore generale presso il giudice "ad quem" e siano assicurate dalla partecipazione di quest'ultimo al successivo grado di giudizio (S.U. 3556 del 2017).

I precedenti richiamati nella requisitoria del P.G. riguardano azioni di stato nelle quali il pubblico ministero, non solo deve intervenire ex art. 70 c.p.c., ma ha anche il potere di promuovere l'azione.

6. In conclusione deve escludersi l'inammissibilità del ricorso per omessa notifica al Pubblico Ministero e per il difetto di partecipazione dello stesso al procedimento di merito.

7. Prima di affrontare la questione sottoposta al vaglio del Collegio deve rilevarsi, sempre in via preliminare, l'ammissibilità del ricorso. La domanda rivolta al Tribunale ha ad oggetto il riconoscimento di diritti fondamentali ed inviolabili della persona. Ne consegue che il contenuto del provvedimento non può che avere natura decisoria, essendo rivolto all'accertamento dell'esistenza e dell'estensione della tutela di tali diritti. Infine la decisione ha anche il carattere della definitività, ancorchè nei limiti dei provvedimenti assunti *rebus sic stantibus* non essendo il provvedimento in oggetto qualificabile come provvisorio od interinale.

8. Il diritto a conoscere le proprie origini costituisce un'espressione essenziale del diritto all'identità personale. Lo sviluppo equilibrato della personalità individuale e relazionale si realizza soprattutto attraverso la costruzione della propria identità esteriore, di cui il nome e la discendenza giuridicamente rilevante e riconoscibile costituiscono elementi essenziali, e di quella interiore.

8.1 Quest'ultimo aspetto, più complesso, può richiedere la conoscenza e l'accettazione della discendenza biologica e della rete parentale più prossima. La funzione di primaria importanza che riveste il riconoscimento giuridico dell'identità personale e la consapevolezza della pluralità di elementi anche dialettici di cui si compone, quali il diritto a conoscere la verità sulla propria storia personale e quello a conservare la costruzione preesistente dell'identità



propria e dei terzi eventualmente coinvolti, ha formato oggetto dell'attenzione e dell'incisivo intervento delle Corti supreme nazionali e sovranazionali.

L'impegno sul riconoscimento del diritto a conoscere le proprie origini è stato stimolato, in tempi molto recenti, proprio dalla necessità di trovare una composizione equilibrata tra diritti contrapposti, quello della persona che vuole completare la costruzione della propria identità attraverso la ricerca delle origini biologiche e quello della madre biologica che ha esercitato, al momento del parto, il diritto di non essere nominata e che può voler conservare questo segreto proprio al fine di non alterare l'identità anche relazionale costruita nel tempo.

9. Su questa dialettica ed al fine di temperare l'assolutezza del divieto di conoscere le proprie origini biologiche, contenuto nella L. n. 184 del 1983, art. 28, comma 7, rispetto alla madre che abbia dichiarato alla nascita di non essere nominata, è intervenuta la Corte Europea dei diritti umani con la sentenza del 25 settembre 2012 (ricorso n. 33783/09), *Godelli contro Italia*, affermando che è necessario stabilire un equilibrio ed una proporzionalità tra gli interessi delle parti in causa e che l'esclusione di qualsiasi possibilità di conoscere le proprie origini, propria della legislazione italiana, a differenza di quella di altri paesi, costituisce una violazione dell'art. 8 Cedu. Con la norma contestata, lo Stato italiano ha oltrepassato il margine di discrezionalità compatibile con la tutela dei diritti della persona garantito dalla Convenzione.

10. La Corte Costituzionale con la sentenza n. 278 del 2013, condividendo la valutazione della Corte Europea dei diritti umani in ordine all'ingiustificata assolutezza del divieto di conoscere le proprie origini ha ritenuto che la L. n. 184 del 1983, art. 28, comma 7, contrasti con gli artt. 2 e 3 Cost., ed ha indicato, con una sentenza additiva di principio (così qualificata da S.U. n. 1946 del 2017), il modello procedimentale da introdurre per rendere effettivo il bilanciamento delle posizioni giuridiche soggettive, almeno potenzialmente confliggenti rappresentate dal diritto all'anonimato della madre biologica e dal diritto a conoscere le proprie origini biologiche del figlio. All'illegittimità dell'assolutezza del divieto, derivante dal complesso normativo costituito dall'art. 28 della L. n. 184 del 1983, e dal D.P.R. n. 396 del 2000, art. 30, non è conseguita la configurabilità del diritto a conoscere le proprie origini come diritto potestativo ma è stato ritenuto necessario l'interpello della madre biologica al fine di verificarne il consenso all'eventuale revoca della scelta dell'anonimato fatta al momento della nascita. Il diritto di quest'ultima a conservare l'identità costruita anche mediante il segreto sull'abbandono del figlio al momento del parto è stato ritenuto rilevante nel bilanciamento d'interessi compiuto dalla Corte ma è stata eliminata l'intangibilità della scelta, sul rilievo dell'intrinseca mutabilità delle tappe dello sviluppo e consolidamento della personalità umana.

Di peculiare rilievo è la metodologia indicata dalla Corte Costituzionale per procedere ad un adeguato bilanciamento degli interessi confliggenti. La tecnica prescelta non è stata quella di attribuire al giudice la valutazione in concreto del bilanciamento ma di predefinire un modulo procedimentale ritenuto idoneo allo scopo, fondato sulla verifica della volontà e della disponibilità a rimuovere il segreto sulla propria identità da parte della madre biologica in modo da rendere possibile, per la persona che è stata adottata a causa di questa scelta, di completare il quadro della propria genealogia ed identità personale.



11. L'attuabilità del modello sopra descritto, anche senza preventivo intervento legislativo, è stata riconosciuta, infine, nella recente sentenza delle Sezioni Unite di questa Corte n. 1946 del 2017. In questa pronuncia si è ritenuto che, rimossa dalla pronuncia della Corte Costituzionale la norma sull'assolutezza ed intangibilità dell'anonimato, potesse procedersi all'interpello materno all'interno di un procedimento garantito dalla massima riservatezza al fine di provocare la revoca dell'originario segreto.

12. Può, pertanto, ritenersi che la procedimentalizzazione del bilanciamento d'interessi sia la modalità, costituzionalmente e convenzionalmente adeguata, al fine di attuare, anche in ipotesi diverse da quella disciplinata dalla L. n. 184 del 1983, art. 28, comma 7, il corretto bilanciamento d'interessi tra l'adottato maggiore di età che vuole conoscere le proprie origini al fine di aggiungere una tessera di primario rilievo al mosaico della propria identità ed i componenti del nucleo familiare biologico-genetico, diversi dai genitori.

13. Deve, al riguardo precisarsi, che, come già illustrato, il diritto ad avere informazioni sui propri genitori biologici, per la persona adulta ultraventicinquenne, ha carattere potestativo, salva l'eccezione di cui al citato art. 28, comma 7, che ha dato luogo agli interventi delle Corti Supreme.

L'art. 28, comma 5, stabilisce, infatti, che l'"adottato, raggiunta l'età di venticinque anni, può accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici". L'esame testuale della norma pone la questione, di natura interpretativa, relativa all'ampiezza delle informazioni cui può accedere l'adottato. La norma afferma che l'adottato, raggiunta l'età di 25 anni, può accedere ad informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici. Occorre, pertanto, stabilire se la formula legislativa possa essere qualificata come un'endiadi e, conseguentemente, esprimere un concetto unitario per il tramite di due termini coordinati ovvero se formula congiunta abbia una valenza pleonastica, o se contenga, invece, due ambiti d'informazioni non necessariamente coincidenti. La prima opzione interpretativa, induce a ritenere che il riferimento normativo all'origine dell'adottato sia soltanto una specificazione dell'ambito delle informazioni che esso ha il diritto di conoscere, da limitarsi all'identità dei genitori biologici, ritenendo, di conseguenza, che questa ultima informazione sia idonea a soddisfare l'esigenza conoscitiva relativa alle origini. Nella seconda, invece, si ritiene che con la formula normativa sopra illustrata il legislatore abbia inteso non limitare esclusivamente all'identità dei genitori biologici il diritto dell'adottato che abbia raggiunto i 25 anni di età (o nei limiti previsti dall'art. 28, comma 5 l'infraventicinquenne) a conoscere le proprie origini ma estenderne il contenuto all'intero nucleo familiare originario, in particolare quando questa indagine sia necessaria per integrare il contenuto del diritto che si vuole esercitare. Il riferimento alle origini, congiunto con quello relativo all'identità dei genitori biologici, può implicare uno spettro più esteso d'informazioni, al fine di ricostruire in modo effettivo il quadro dell'identità personale.

Ove si acceda a quest'ultima opzione ermeneutica, occorre, tuttavia, verificare se la posizione giuridica dei componenti del nucleo familiare originario diversi dai genitori biologici, ed in particolare quella delle sorelle e dei fratelli, a fronte di una richiesta formulata dall'adottato ex art. 28, comma 5, sia da considerare in modo diverso da quella dei genitori i quali, salva l'ipotesi di cui all'art. 28, comma 7, come risultante dall'intervento della Corte Costituzionale e delle S.U. con le sentenze ampiamente richiamate n. 278 del 2013 e 1946



del 2017, non possono impedire l'esercizio del diritto a conoscere le proprie origini a chi ne sia titolare secondo le condizioni previste dal citato art. 28.

14. Ritiene il Collegio che un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della norma possa valorizzare il richiamo testuale al diritto di accedere alle informazioni sulla propria origine in modo da includervi oltre ai genitori biologici, in particolare nell'ipotesi in cui non sia possibile risalire ad essi, anche i più stretti congiunti come i fratelli e le sorelle ancorchè non espressamente menzionati dalla norma. La natura del diritto e la funzione di primario rilievo nella costruzione dell'identità personale che viene riconosciuta alla scoperta della personale genealogia biologico-genetica, induce ad accogliere tale interpretazione estensiva.

15. Deve, tuttavia, rilevarsi che l'esercizio del diritto nei confronti dei genitori biologici e nei confronti degli altri componenti il nucleo familiare biologico-genetico originario dell'adottato, non può realizzarsi con modalità identiche.

Nei confronti dei genitori biologici, il legislatore ha svolto una valutazione generale ex ante sulla netta preminenza del diritto dell'adottato rispetto a quello dei genitori biologici tale da escludere alcun bilanciamento d'interessi da eseguirsi ex post. La scelta del legislatore in ordine ai genitori biologici consegue alla peculiare natura del loro ruolo nel complesso processo che conduce allo status filiationis dell'adottato.

La medesima soluzione non è, tuttavia, automaticamente applicabile anche al diritto di conoscere l'identità delle proprie sorelle e fratelli, in considerazione della radicale diversità della loro posizione rispetto a quella dei genitori biologici con riferimento sia alle ragioni della decisione riguardante lo status di figlio adottivo del richiedente sia all'incidenza di questa decisione sullo sviluppo della sua personalità. Può legittimamente determinarsi una contrapposizione tra il diritto del richiedente di conoscere le proprie origini, e quello delle sorelle e dei fratelli a non voler rivelare la propria parentela biologica ed a non voler mutare la costruzione della propria identità attraverso la conoscenza d'informazioni ritenute negativamente incidenti sul raggiunto equilibrio di vita.

Soltanto nei confronti dei genitori biologici, di conseguenza, il diritto del soggetto adottato adulto che voglia accedere alle informazioni sulle proprie origini si può configurare alla stregua di un diritto potestativo.

Nei confronti delle sorelle e dei fratelli deve, invece, ritenersi necessario procedere, in concreto, al bilanciamento degli interessi tra chi chiede di conoscere le proprie origini e chi, per appartenenza al medesimo nucleo biologico familiare, può soddisfare tale esigenza, ancorchè riconosciuta come diritto fondamentale.

Per realizzare in questa peculiare ipotesi il corretto bilanciamento tra le due posizioni almeno astrattamente in conflitto si deve ricorrere alla medesima modalità procedimentale che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 278 del 2013, e le S.U. di questa Corte, con la sentenza n. 1946 del 2017, hanno individuato come lo strumento idoneo a non impedire l'esercizio del diritto a conoscere le proprie origini anche nei confronti di soggetti diversi dai genitori biologici i quali, a differenza di questi ultimi, possono non assentire alla richiesta ma devono essere interpellati al riguardo.

Le informazioni che si vogliono conoscere, in quanto legate ad una comune origine biologica, hanno natura ontologicamente riservata, trattandosi di dati personali sensibili e sono, di conseguenza, protette in via generale dalle ingerenze di terzi. D'altra parte, il diritto a co-



noscere la propria origine da parte dell'adottato adulto (infra o ultraventicinquenne, nel primo caso il diritto è condizionato in funzione dell'esclusivo interesse del richiedente, nel secondo manca di limitazioni) gode di un riconoscimento costituzionale, convenzionale e di diritto positivo (art. 28) non comprimibile (con esclusione dei genitori biologici) se non mediante il dissenso espresso del possessore delle informazioni richieste.

Pur non sussistendo per le sorelle ed i fratelli un divieto espresso a far conoscere la propria identità, come quello che vige (con il forte temperamento individuato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità sopra illustrata) per la madre biologica che ha scelto l'anonimato al momento del parto, deve riconoscersi anche ai predetti componenti del nucleo familiare originario il diritto di essere interpellati in ordine all'accesso alle informazioni sulla propria identità, trovandosi a confronto posizioni giuridiche soggettive di pari rango e di contenuto omogeneo sulle quali non vi è stata alcuna predeterminazione legislativa della graduazione gerarchica dei diritti e degli interessi da comporre, come invece previsto nell'art. 28, commi 5 e 6, con riferimento all'adottato maggiorenne che voglia conoscere l'identità dei propri genitori biologici.

Le modalità procedurali in concreto adottabili possono essere tratte dai numerosi protocolli elaborati dai Tribunali per i minorenni dei diversi distretti giudiziari dei quali si trova ampia illustrazione nel par. 11 delle S.U. n. 1946 del 2017.

Deve aggiungersi che, nel caso di specie, la situazione personale di partenza del ricorrente e delle sorelle è del tutto identica, essendo specificato nel ricorso che anche queste ultime sono state adottate ma da coppie diverse, con conseguente allontanamento e perdita di ogni contatto ed informazione reciproca dall'avvenuta adozione.

Il diritto a conoscere le proprie origini, alle condizioni sopra indicate, è limitato all'accesso, riservato, alle informazioni relative all'identità delle sorelle biologiche, con esclusione di alcun vincolo di parentela o relazionale e con obbligo di trattamento dei dati personali conosciuti non lesivo dei diritti altrui.

16. In conclusione, il ricorso deve essere accolto nei limiti di cui in motivazione e la pronuncia impugnata deve essere cassata con rinvio al giudice del merito perchè si attenga al seguente principio di diritto: "L'adottato ha diritto, nei casi di cui alla L. n. 184 del 1983, art. 28, comma 5, di conoscere le proprie origini accedendo alle informazioni concernenti, non solo l'identità dei propri genitori biologici, ma anche quella delle sorelle e fratelli biologici adulti, previo interpellato di questi ultimi mediante procedimento giurisdizionale idoneo ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità dei soggetti da interpellare, al fine di acquisirne il consenso all'accesso alle informazioni richieste o di constatarne il diniego, da ritenersi impeditivo dell'esercizio del diritto".

P.Q.M.

Accoglie il ricorso. Cassa il provvedimento impugnato e rinvia alla Corte d'Appello di Torino in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 29 maggio 2017.

Depositato in Cancelleria il 20 marzo 2018



Cass. civ. Sez. III, ordinanza interlocutoria 18 maggio 2018, n. 12215

Responsabilità civile del magistrato – Attività interpretativa insindacabile – Grave violazione di legge — Rimessione alle Sezioni Unite

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. OLIVIERI Stefano - rel. Presidente -
Dott. SCODITTI Enrico - Consigliere -
Dott. ROSSETTI Marco - Consigliere -
Dott. PORRECA Paolo - Consigliere -
Dott. ROSSI Raffaele - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso 19409/2017 proposto da:

S.A., considerato domiciliato ex lege in Roma, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso dall'avvocato LETTERIO ARENA giusta procura in calce al ricorso;
- ricorrente -

contro

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri pro tempore, elettivamente domiciliata ex lege in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO che la rappresenta e difende per legge;
- resistente -

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di PERUGIA, depositata il 07/06/2017;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 09/02/2018 dal Consigliere Dott. STEFANO OLIVIERI;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. PEPE Alessandro, che ha concluso per l'inammissibilità o rigetto del ricorso;
udito l'Avvocato LETTERIO ARENA.

Fatto

Il Tribunale di Messina, con sentenza in data 22.2.2002, accertato l'illecito commesso dal Comune di Giardini Naxos per occupazione illegittima (occupazione usurpativa) di un fon-



do di proprietà di S.G. e F. danti causa di S.A., aveva liquidato i danni in Euro 273.076,58 "oltre alla rivalutazione monetaria dalla disposta CTU (16.7.1991) ed agli interessi in misura legale sulla somma liquidata prima devalutata poi via via rivalutata dal momento della definitiva trasformazione del fondo (luglio 1986) fino al soddisfo".

La Corte d'appello di Messina, con sentenza in data 28.10.2004, accogliendo l'appello del Comune, riqualicava la condotta illegittima come "occupazione espropriativa", riducendo conseguentemente il risarcimento del danno in applicazione dei criteri di liquidazione previsti per le occupazioni appropriative dalla L. n. 662 del 1996, art. 3, comma 65, che aveva aggiunto il D.L. 11 luglio 1992, n. 333, art. 5 bis, comma 7 bis, conv. in L. 8 agosto 1992, n. 359.

La Corte di cassazione - adita dallo S. sul rilievo che la fattispecie avrebbe dovuto inquadarsi nell'illecito da occupazione usurpativa, con conseguente liquidazione del danno nella misura corrispondente al valore venale del fondo - rilevato che nelle more del giudizio la Corte costituzionale aveva, con sentenza n. 349/2007, dichiarata illegittima la norma di legge applicata dalla Corte d'appello, cassava la decisione impugnata e, "decidendo nel merito", con sentenza 21.10.2011 n. 21881, riliquidava il danno in misura pari al valore venale del fondo (nel medesimo importo determinato a seguito di c.t.u. svolta nel giudizio di primo grado), tuttavia omettendo di rivalutare la somma capitale e riconoscendo gli interessi, in misura legale, a decorrere "dalla domanda", diversamente da quanto disposto sugli accessori dal giudice di prime cure e dal giudice di appello.

In particolare la Corte di legittimità, intervenuta nelle more - con sentenza della Corte cost. n. 349/2007 - la dichiarazione di illegittimità costituzionale del D.L. 11 luglio 1992, n. 333, art. 5 bis, comma 7 bis, conv. con mod. in L. 8 agosto 1992, n. 359 (nel testo introdotto dalla L. n. 66 del 1996, art. 3, comma 65), trattandosi di causa che era pendente alla data 1 gennaio 1997 e comunque relativa ad occupazione "sine titolo" anteriore al 30.9.1996, riteneva applicabile il D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, art. 55, comma 1, - nel testo introdotto dalla L. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 2, comma 89, lett. e), (finanziaria 2008)-, secondo cui "Nel caso di utilizzazione di un suolo edificabile per scopi di pubblica utilità, in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio alla data del 30 settembre 1996, il risarcimento del danno è liquidato in misura pari al valore venale del bene", e quindi liquidava il danno da occupazione illegittima, nell'importo di Euro 273.076,58 calcolato dal CTU, in primo grado, secondo i prezzi di mercato immobiliare vigenti nel 1991, attribuendo sulla somma così liquidata "interessi legali" decorrenti dalla domanda introduttiva.

Il ricorso per revocazione, per errore di fatto, proposto dallo S. avverso la predetta sentenza della SC, volto ad ottenere il riconoscimento della rivalutazione monetarie e degli interessi decorrenti dalla data dell'illecito, veniva dichiarato inammissibile con ordinanza di questa Corte in data 2.5.2013 n. 10293, in quanto vertente su errore di diritto e non di fatto. Esauriti i rimedi di impugnazione predisposti dall'ordinamento giuridico, S.A., ai sensi della L. n. 117 del 1988, proponeva ricorso facendo valere la responsabilità dello Stato per colpa grave imputabile ai magistrati giudicanti, deducendo la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile: il ricorso veniva dichiarato inammissibile L. n. 117 del 1988, ex art. 5, con decreto del Tribunale di Perugia in data 7.12.2016, confermato, in sede di reclamo, dalla Corte d'appello di Perugia, con decreto in data 7.6.2017, ritualmente impugnato per cassazione dallo S. con un unico complesso motivo.



La Presidenza del Consiglio dei Ministri alla quale il ricorso è stato ritualmente notificato in forma telematica presso l'Avvocatura Generale dello Stato il 28.6.2017, ha depositato "memoria difensiva" presso la Cancelleria della Corte d'appello di Perugia in data 20.7.2017, e quindi con atto in data 4.9.2017 ha richiesto di essere avvisata per la partecipazione alla pubblica udienza, deducendo che la obbligazione risarcitoria in quanto originariamente illiquida, correttamente era stata intesa dalla Corte Suprema come obbligazione di valuta ed assoggettata al principio nominalistico e comunque si verteva in tema di attività strettamente ermeneutica coperta dalla "clausola di salvaguardia" della L. n. 117 del 1988, nel testo applicabile "ratione temporis".

Alla udienza pubblica il Pubblico Ministero ha concluso per la inammissibilità del ricorso.

Diritto

- che la "memoria di costituzione" depositata presso la Cancelleria della Corte d'appello di Perugia in data 20.7.2017 dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, rappresentata - come emerge dalla intestazione dell'atto - dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Perugia e dall'Avvocatura Generale dello Stato - cui il ricorso è stato ritualmente notificato a mezzo PEC il 28.6.2017 e regolarmente ricevuto all'indirizzo ags.rm.mailcert.avvocaturastato.it - deve essere dichiarata inammissibile in quanto tardiva. La memoria, è stata depositata oltre il termine perentorio di dieci giorni dalla scadenza dell'analogo termine di dieci giorni assegnati al ricorrente per il deposito del ricorso, previsto dalla L. n. 117 del 1988, art. 5, comma 4, applicabile "ratione temporis", decorrendo dalla notifica del ricorso (eseguita in data 28.6.2017) il primo termine per la costituzione del ricorrente: il ricorso per cassazione è stato notificato in data 28.6.2017 ed il primo termine, previsto per la costituzione del ricorrente, veniva pertanto a scadere in data 8.7.2017, ed essendo pertanto già scaduto - al momento del deposito in Cancelleria, in data 20.7.2017, della memoria della Presidenza del Consiglio dei Ministri - il secondo termine, stabilito per la costituzione della parte controricorrente, spirato il 18.7.2017;

- che la Corte d'appello di Perugia con il decreto impugnato ha dichiarato la inammissibilità del ricorso in quanto rivolto a contestare una attività di interpretazione normativa. A sostegno della decisione il Giudice di appello assume che:

a) nella ordinanza della Corte di cassazione del 2.5.2013 n. 10293 -dichiarativa della inammissibilità del ricorso per revocazione ex art. 391 bis c.p.c. - si evidenziava come la determinazione dell'intero danno patrimoniale, estesa anche agli accessori della rivalutazione e degli interessi, era questione da ritenersi devoluta alla cognizione della Corte di legittimità, che nella specie aveva pronunciato nel merito ex art. 384 c.p.c., comma 2, essendo stata impugnata la sentenza di appello in punto di "quantum debeatur";

b) la determinazione della decorrenza degli interessi e la loro qualificazione giuridica attecchiva ad "attività di natura squisitamente interpretativa" di norme di diritto, come tale sottratta al sindacato di responsabilità operando la clausola di salvaguardia di cui alla L. n. 117 del 1988, art. 2, comma 2, applicabile *ratione temporis*, non essendo consentito ridiscutere la correttezza o meno della interpretazione adottata nel provvedimento posto a base della domanda respinta;



c) nulla sembrava impedire allo S. di ottenere in separato giudizio una liquidazione della rivalutazione o di entrambi gli accessori "se la precedente statuizione si ritiene possa comportare una diversa valutazione rispetto alla pronuncia precedente che aveva stabilito la liquidazione degli interessi a far data dalla domanda";

d) in ogni caso non sarebbe dato ravvisare la "colpa grave" in una valutazione contrastante con pronunce di legittimità di diverso tenore, emesse nella stessa materia;

- che il decreto è stato censurato con un unico motivo di ricorso (violazione L. n. 117 del 1988, art. 2, commi 1 e 3, lett. a), ed in relazione all'art. 2, comma 2, della stessa legge) sul presupposto che nella specie l'errore del Giudice di legittimità non fosse ascrivibile ad attività di interpretazione di norme di diritto ma a grave violazione di legge per negligenza inescusabile, in quanto la Corte di legittimità modificando le statuizioni della sentenza di merito in quella sede impugnata: a) aveva violato il giudicato interno formatosi sulle statuizioni del Giudice di merito - non impugnate con i motivi di gravame - concernenti il riconoscimento della rivalutazione monetaria del capitale e degli interessi al tasso legale decorrenti dall'illecito; b1) non aveva riconosciuto la rivalutazione monetaria sull'importo risarcitorio, riliquidato in base al valore venale accertato dal CTU nel giudizio di primo grado con stima risalente all'anno 1991, venendo in tal modo inescusabilmente, in assenza di qualsiasi indicazione motivazionale, a trattare il debito di valore come debito di valuta, in violazione degli artt. 2043, 2056, 1223 e 2058 c.c.; b2) aveva liquidato il credito accessorio per interessi al tasso legale con decorrenza "a far data dalla domanda", non considerando che in materia di illecito extracontrattuale si applicava la "mora ex re" e che gli "interessi da ritardo" dovevano applicarsi dalla data dell'illecito, così violando l'art. 1219 c.c., comma 2, n. 1), e art. 1223 c.c.; la grave negligenza inescusabile - intesa come violazione macroscopica e grossolana della norma di diritto - era rinvenibile nella circostanza che le norme disapplicate erano "di frequente uso e perchè le determinazioni contestate sono in contrasto con le giuste statuizione che al riguardo erano state già assunte dalle precedenti sentenza di merito", avendo altresì omesso la Corte di legittimità "di motivare tale eclatante scostamento....per cui sussiste la totale mancanza di attenzione nell'uso degli strumenti normativi ed una trascuratezza marcata ed ingiustificabile" essendo stati "violati - come nella fattispecie - elementari principi di diritto che il magistrato non può giustificatamente ignorare....";

- che non riveste carattere di autonoma "ratio decidendi" la considerazione formulata in termini meramente ipotetici ed astratti dal Giudice di appello secondo cui interessi e rivalutazione potrebbero essere richiesti in un separato giudizio "se la precedente statuizione si ritiene possa comportare una diversa valutazione rispetto alla pronuncia precedente, che aveva stabilito la liquidazione degli interessi dalla data della domanda". La "ratio decidendi", ossia l'argomento logico sul quale trova fondamento la regola di giudizio che si impone alle parti del rapporto controverso, e che onera la parte soccombente alla impugnazione se intende impedire la formazione del giudicato, deve infatti necessariamente esprimere l'attuale affermazione del diritto nel caso concreto, e non può dunque rinvenirsi in una sequenza sintattica improntata al periodo ipotetico - nella specie - del terzo tipo, essendo del tutto irrealistica l'ipotesi che la ordinanza di inammissibilità della impugnazione per revocazione, pronunciata ai sensi dell'art. 391 bis c.p.c., possa interpretare "in senso rescissorio" la sentenza impugnata: in ogni caso essendo stata implicitamente investita anche tale statuizione "ipotetica", dal motivo di ricorso per cassazione nel quale si evidenzia tanto l'esaurimento



di tutti i rimedi esperibili, quanto la conseguente impossibilità di immutare il giudicato formatosi sulla pronuncia di merito della Corte di legittimità che liquida il danno, la eccezione di inammissibilità del ricorso proposta dal Pubblico Ministero deve ritenersi infondata;

- che il procedimento sull'ammissibilità dell'azione risarcitoria in dipendenza di responsabilità civile del magistrato, di cui alla L. 13 aprile 1988, n. 117, art. 5, si mantiene sul piano meramente deliberativo solo quanto al riscontro degli elementi adottati a fonte di detta responsabilità, mentre ha carattere pieno e definitivo in ordine ai presupposti ed ai termini dell'azione, sicchè l'attività cognitoria del giudice in sede di esame di ammissibilità comprende anche la verifica del carattere non interpretativo della lamentata violazione di legge da parte del magistrato del quale si richiede l'affermazione di responsabilità (Corte cass. Sez. 1, Sentenza n. 14860 del 23/11/2001; id. Sez. 3, Sentenza n. 25133 del 27/11/2006);
- che, secondo la prospettazione del ricorrente, la negligenza inescusabile della che caratterizza la violazione di legge deve rinvenirsi nel fatto che la Corte di legittimità si era discostata -senza alcuna plausibile giustificazione- dalla applicazione di norme di diritto assolutamente chiare nella portata dispositiva e dai consolidati principi di diritto dettati da una univoca e fermissima giurisprudenza di legittimità formatasi in materia di applicazione degli interessi e della rivalutazione nella liquidazione del danno patrimoniale derivante da illecito extracontrattuale, atteso che le norme che regolano il risarcimento per equivalente del danno patrimoniale da ritardo derivante da illecito aquiliano (art. 2043 c.c., art. 2056 c.c., commi 1 e 2, art. 1219 c.c., comma 2, n.1), artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.) avevano da tempo ricevuto dalla giurisprudenza di legittimità, in particolare per quanto riguarda la funzione, cui assolve la obbligazione risarcitoria, della tendenziale completa reintegrazione del patrimonio del danneggiato dalla perdita subita a causa dell'illecito, una sistemazione concettuale ed interpretativa che, ad esclusione delle incertezze manifestate sul cumulo tra rivalutazione monetaria del credito capitale e danno da ritardo, che hanno trovato composizione nell'arresto della Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 1712 del 17/02/1995, è praticamente rimasta immutata dagli anni cinquanta fino ad oggi (cfr. Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 2111 del 07/07/1955 Sez. 3, Sentenza n. 17/11/1962; Sentenza n. 03/02/1999; Sentenza n. 05/04/2007; Sentenza n. 03/03/2009; Sentenza n. 09/10/2012; Sentenza n. 18/02/2016; 1787 del 24/07/1961; id. Sez. 3, Sentenza n. 3133 del id. Sez. 3, Sentenza n. 2408 del 13/11/1970; id. Sez. U, 1712 del 17/02/1995; id. Sez. 2, Sentenza n. 878 del id. Sez. 3, Sentenza n. 15823 del 28/07/2005; id. Sez. 3, 23225 del 16/11/2005; id. Sez. U, Sentenza n. 8520 del id. Sez. 3, Sentenza n. 10839 del 11/05/2007; id. Sez. 3, 22347 del 24/10/2007; id. Sez. 3, Sentenza n. 5054 del id. Sez. 2, Sentenza n. 3931 del 18/02/2010; id. Sez. 3, 5671 del 09/03/2010; id. Sez. 3, Sentenza n. 17155 del id. Sez. 1, Sentenza n. 6222 del 13/03/2013; id. Sez. 1, 15604 del 09/07/2014; id. Sez. 3, Sentenza n. 3173 del id. Sez. 3, Sentenza n. 6545 del 05/04/2016; id. Sez. 3, Sentenza n. 12288 del 15/06/2016), per cui, indipendentemente dalla modalità o tecnica liquidatoria scelta dal Giudice (indici Istat, saggio di interesse, altri parametri), se la liquidazione viene effettuata per equivalente, ossia con riferimento al valore del bene perduto o delle opere necessarie al suo ripristino all'epoca del fatto stesso, deve tenersi conto della svalutazione monetaria intervenuta sino alla decisione definitiva (danno emergente), nonchè della mancata disponibilità della somma "de qua" durante il tempo trascorso dall'evento lesivo e la liquidazione giudiziale (lucro cessante), non potendo riverberare a danno dell'attore vittorioso la durata del processo, dovendo in ogni



caso adottarsi meccanismi liquidatori di tali danni idonei ad evitare un'ingiustificata sovrapposizione e duplicazione di poste risarcitorie;

- che la responsabilità di cui alla L. n. 117 del 1988, art. 2, comma 3, lett. a), "ricorre solo allorchè la violazione di legge sia ascrivibile a negligenza inescusabile (Cass. civ. Sez. 1, 26 luglio 1994 n. 6950; Cass. civ. Sez. 3, 14 febbraio 2012 n. 2107); cioè quando vengano disattese soluzioni normative chiare, certe e indiscutibili, o siano violati principi elementari di diritto, che il magistrato non può giustificatamente ignorare (casi di colpa grave); oppure quando ricorrano particolari circostanze - che debbono essere specificamente dedotte in giudizio e dimostrate - tali da evidenziare che, nel singolo caso controverso, l'adozione di una certa soluzione non possa che ascriversi al dolo del giudicante" (cfr. Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 2637 del 05/02/2013, in motivazione): la "inescusabilità" costituisce un "quid pluris" rispetto alla condotta negligente che ha determinato la grave violazione della legge, ed è stata rapportata dalla giurisprudenza di questa Corte a parametri sintomatici quali la "violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma stessa ovvero una lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico o l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore o la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo o ancora lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero" (cfr. Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 7272 del 18/03/2008; id. Sez. 3, Sentenza n. 6791 del 07/04/2016);

- che la questione in diritto - per la quale il Collegio ritiene opportuno richiede l'intervento risolutore delle Sezioni Unite - è se, in presenza di norme di diritto che non presentano equivoci od incertezze alcuni, in considerazione dei principi di diritto costantemente ribaditi da oltre sessanta anni dalla Corte di legittimità e della consolidata ed univoca interpretazione delle norme indicate in materia di liquidazione del debito risarcitorio derivante da illecito aquiliano, il diverso trattamento riservato dalla sentenza di legittimità ad un debito risarcitorio, di natura patrimoniale, derivante da illecito aquiliano (omessa attualizzazione ed applicazione degli interessi legali dalla data della domanda), possa ex se ritenersi attratto nell'ambito della "attività interpretativa delle norme" - intesa come ricerca ed attribuzione di significato prescrittivo all'enunciato ricavabile dai lemmi e dai sintagmi delle disposizioni lette singolarmente, in relazione al nesso logico interno alla struttura dell'atto fonte ed alla relazione sistematica con le altre norme dell'ordinamento giuridico - e dunque essere considerata "in senso oggettivo" come attività comunque valutativa la quale - se pure errata od implausibile - ricade nell'ambito della clausola di salvaguardia di cui alla L. n. 117 del 1988, art. 2, comma 2, o invece se il raggiunto livello di consolidamento del significato delle norme applicate in tema di liquidazione del danno patrimoniale derivante da illecito aquiliano (nella materia del danno patrimoniale da occupazione espropriativa: cfr. Corte Cass. Sez. U, Sentenza n. 1464 del 26/02/1983; id. Sez. U, Sentenza n. 12546 del 25/11/1992; id. Sez. U, Sentenza n. 494 del 20/01/1998; id. Sez. 1, Sentenza n. 4070 del 20/03/2003; id. Sez. 1, Sentenza n. 19511 del 06/10/2005; id. Sez. 1, Sentenza n. 22923 del 09/10/2013; id. Sez. 2, Sentenza n. 11041 del 28/05/2015; id. Sez. 1, Sentenza n. 18243 del 17/09/2015. Quanto alla liquidazione del lucro cessante con la tecnica degli interessi: Corte Cass. Sez. 1, Sentenza n. 1814 del 18/02/2000; id. Sez. 1, Sentenza n. 9410 del 21/04/2006; id. Sez. 1, Sentenza n. 9472 del 21/04/2006; id. Sez. 1, Sentenza n. 13585 del 12/06/2006; id. Sez. 1, Sentenza n. 15604 del 09/07/2014; id. Sez. 1, Sentenza n. 18243 del 17/09/2015. Unica con-



traria l'isolata pronuncia Corte Cass. Sez. 1, Sentenza n. 4766 del 03/04/2002 volta ad assimilare nella categoria delle obbligazioni di valuta la indennità di esproprio ed il risarcimento del danno in base al criterio di liquidazione, dalla L. 8 agosto 1992, n. 359, art. 5 bis, comma 7 bis), implichi la necessità, affinché possa operare la clausola di salvaguardia, che il totale distacco del Giudice dalle opzioni interpretative di un indirizzo giurisprudenziale che può definirsi univoco e "cristallizzato", debba essere connotato, quanto meno, da un evidenziato dubbio applicativo alla fattispecie concreta della norma intesa nel significato ad essa attribuito, ovvero da una rimeditata -non rileva se fondata o meno- soluzione interpretativa, tale per cui la statuizione adottata risulti il portato di una attività valutativa e non di una mera "distrazione" od ignoranza dei principi giurisprudenziali consolidati;

- che più esattamente si ritiene di particolare importanza la questione se il discrimine tra attività di interpretazione (coperta dalla clausola di salvaguardia) e inescusabilità della grave violazione di legge (fonte di responsabilità civile dello Stato) venga in rilievo soltanto nel caso in cui l'attività del Giudice si rifletta direttamente sull'enunciato della disposizione normativa, traendone un significato (secondo il differente livello di chiarezza e precisione che questa esibisca), ovvero anche nel caso in cui si rifletta solo indirettamente su tale enunciato in quanto il significato risulti "già" enucleato costituendo il portato di una elaborazione giurisprudenziale, volta alla interpretazione della norma di diritto, che assuma consistenza tale da rendere stabile una determinata applicazione della norma di diritto, atteso che se il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.) impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto (essendo stato escluso in conseguenza che "essa, nella sua dimensione dichiarativa, non può rappresentare la "lex temporis acti", ossia il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell'atto compiuto in correlazione temporale con l'affermarsi dell'esegesi del giudice": Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 15144 del 11/07/2011), non può tuttavia essere messo in dubbio, come è stato posto in rilievo dalle Sezioni Unite di questa Corte, che "la salvaguardia dell'unità e della "stabilità" dell'interpretazione giurisprudenziale (massimamente di quella del giudice di legittimità e, in essa, di quella delle sezioni unite) è ormai da considerare - specie dopo l'intervento del D.Lgs. n. 40 del 2006, e della L. n. 69 del 2009, in particolare con riguardo alla modifica dell'art. 374 c.p.c. ed all'introduzione dell'art. 360 bis - alla stregua di un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche", ed il presupposto sotteso alla funzione nomofilattica affidata alla Corte di legittimità dall'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario, è che "tra le possibili opzioni ermeneutiche, l'interpretazione della legge fornita dalla Corte di cassazione (e massimamente dalle sezioni unite di essa) va tendenzialmente intesa come una sorta di oggettivazione convenzionale di significato.." con la conseguenza che "da tale interpretazione non possa perciò prescindere tutte le volte che venga in discussione il contenuto di una norma nel suo significato oggettivo.." (Corte Cass. Sez. U, Ordinanza n. 23675 del 06/11/2014) e dunque il Giudice chiamato a decidere nel merito, non si trova di fronte ad "una" delle molteplici interpretazioni possibili ed alternative della norma di diritto dalla quale può derogare rimanendo nell'alveo, ma di fronte ad un significato normativo "privilegiato", in relazione al quale deve ravvisare valide ragioni per discostarsene, in difetto di qualsiasi motivazione, esplicita od implicitamente desumibile dalla fattispecie esaminata, dovendo ritenersi "inspiegabile" in quanto non comprensibile in



base contesto, una applicazione della norma in senso difforme dall'orientamento giurisprudenziale consolidato;

- che un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite sembra tanto più opportuno tenuto conto che il precedente di questa Corte Sez. 3, Sentenza n. 13000 del 31/05/2006 secondo cui "nell'ordinamento giuridico che caratterizza lo Stato italiano e in cui non vige il principio dello "stare decisis", anche per le stesse decisioni a S.U. di questa C.S., l'interpretazione giurisprudenziale della singola norma ai sensi dell'art. 12 preleggi, contenuta in particolare nella sentenza, non ha valore giuridico oltre il caso di specie, nel senso cioè che il giudice non è obbligato a decidere conformemente all'interpretazione già effettuata precedentemente dallo stesso o da altro giudice in relazione ad un'altra controversia" aggiungendo, ma senza poi dare applicazione esplicita della affermazione (non venendo in questione nel caso specifico), che "Ovviamente queste considerazioni sul valore centrale del principio di legalità vanno armonizzate con l'evidente esigenza di garantire il più possibile l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale attraverso il ruolo svolto in particolare dalla Corte di Cassazione", e che la problematica evidenziata si riflette nella esigenza di una generale sistemazione della materia inerente i limiti di sindacabilità della attività del magistrato riconducibile all'esercizio delle funzioni, coinvolgendo oltre che la nuova disciplina legislativa della responsabilità civile introdotta dalla legge 27 febbraio 2015 n. 18 laddove, richiamandosi ai principi dell'ordinamento comunitari, predeterminata la ipotesi di colpa grave in termini di "manifesta violazione di legge" (che legittima l'azione di rivalsa dello Stato se determinata da "negligenza inescusabile"), anche la disciplina legislativa degli illeciti disciplinari commessi "nell'esercizio della funzioni" (D.Lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, art. 2, comma 1, lett. g) "grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile"), dovendo essere operato anche in tale settore il discrimine con l'attività insindacabile - di "interpretazione delle norme di diritto" (D.Lgs. n. 109 del 2006, art. 2, comma 2), atteso che se, in sede disciplinare, rimane escluso che "la mera inesattezza tecnico-giuridica possa di per sé configurare l'illecito", non potendo sconfinare l'esame del comportamento idoneo a compromettere la credibilità del magistrato ed il prestigio dell'Ordine giudiziario nella critica della interpretazione della legge, tuttavia alla valutazione di tale condotta non pare estranea la verifica della "incontrovertibile difformità della seguita interpretazione della norma dalle interpretazioni della stessa già prospettate o ragionevolmente possibili";

- che pertanto il Collegio ritiene opportuno rimettere gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della questione di massima di particolare importanza, concernente la individuazione del discrimine nella grave violazione di legge contemplata dalle fattispecie illecite individuate dalla L. n. 117 del 1988, art. 2, comma 3, lett. a), (nel testo previgente alla modifica della L. n. 18 del 2015) e dal D.Lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, art. 2, comma 1, lett. g), tra attività interpretativa insindacabile ed attività sussumibile nella fattispecie illecita, con specifico riferimento alla ipotesi della violazione di norma di diritto in relazione al significato ad essa attribuito da orientamenti giurisprudenziali da ritenere consolidati.

P.Q.M.



Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Terza Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 22 marzo 2018.

Depositato in Cancelleria il 18 maggio 2018