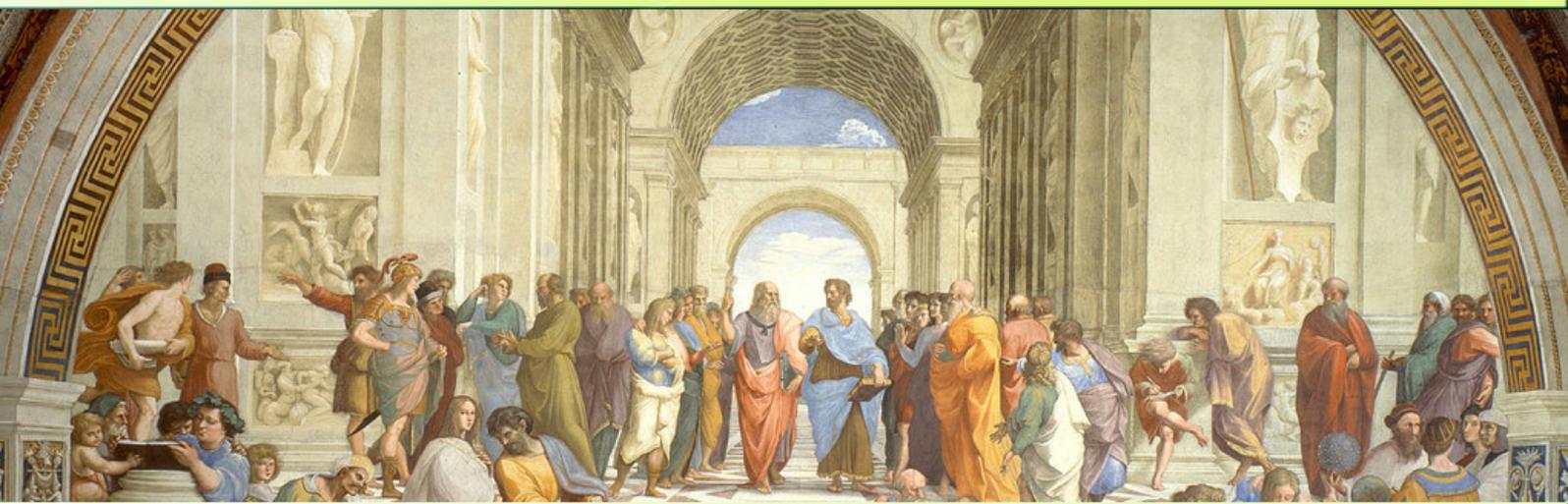


# JUS CIVILE

Rivista a cura di Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi



**1-2019**

*gennaio-febbraio*



**G. Giappichelli Editore**

ISSN 2281-3918/2421-2563

I contributi, inviati alla Rivista per la pubblicazione, sono soggetti a revisione tra pari a doppio cieco (*double blind*). È, quindi, garantito l'anonimato dei valutatori e dei valutati.

Vengono sottoposti a revisione tutti i contributi costituenti Articoli e saggi, inseriti in una delle voci tematiche.

Il Comitato dei revisori è costituito, esclusivamente, da professori ordinari dell'area privatistica, indicati in un apposito elenco pubblicato.

La revisione è affidata a due membri del Comitato dei revisori, scelti a rotazione dai curatori in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente.

Il *referee* è tenuto a compilare la scheda di valutazione. È garantita la piena autonomia dei revisori rispetto alla Direzione della Rivista.

Soltanto in casi eccezionali, i Curatori assumono, con adeguata motivazione, la responsabilità della pubblicazione.



## INDICE

	<i>pag.</i>
<b>Articoli e Saggi</b>	
La costituzione del rapporto filiale e l'interesse del minore * di <i>Leonardo Lenti</i>	1
Sulla natura "equivoca" della nullità degli atti traslativi di immobili abusivi * di <i>Salvatore Monticelli</i>	27
La tutela rafforzata dell'investitore nella MIFID II * di <i>Carmela Robustella</i>	48
<b>Giurisprudenza italiana</b>	
L'assegno di mantenimento a beneficio dei figli non è compensabile <i>Cass. civ., Sez. VI - III, ordinanza 14 maggio 2018, n. 116898</i> * di <i>Fabrizio Ponzù Donato</i>	62
<b>Articoli e Saggi</b>	
Alcuni aspetti del <i>drafting</i> legislativo ** di <i>Andrea Belvedere</i>	73

---

\* Contributo sottoposto a revisione.

\*\* I curatori, valutata la rilevanza del contributo, assumono la responsabilità diretta della pubblicazione.



LEONARDO LENTI

Professore ordinario di Diritto privato – Università di Torino

## LA COSTITUZIONE DEL RAPPORTO FILIALE E L'INTERESSE DEL MINORE \*

SOMMARIO: 1. Una premessa sull'unicità dello stato. – 2. I principi generali della filiazione rilevanti per l'attribuzione e la rimozione dello stato. – 3. La verità biologica. – 4. Le eccezioni alla verità. – 5. La responsabilità per la procreazione e la procreazione responsabile. – 6. La priorità dell'interesse del minore. – 7. La filiazione materna: madre è colei che partorisce. – 8. La filiazione materna: attribuzione di diritto e riconoscimento. – 9. La filiazione paterna: la presunzione di paternità. – 10. La filiazione paterna: il riconoscimento tardivo. – 11. La filiazione paterna: la paternità del figlio di una donna sposata. – 12. Il riconoscimento del figlio incestuoso.

1. – La riforma iniziata nel 2012 (l. 219) e completata nel 2013 (d.lgs. 154), nonostante i proclami gridati a voce altissima, non ha affatto portato a compimento completo l'unificazione delle diverse categorie dei figli, onde attuare pienamente in questo campo il principio di eguaglianza: i figli nati nel matrimonio (in precedenza *legittimi*), i figli nati fuori dal matrimonio (in precedenza *naturali*) e i figli *adottivi*<sup>1</sup>. Tale unificazione riguarda soltanto gli *effetti* della filiazione, mentre le regole sull'*attribuzione dello stato* e sulle *azioni di stato* permangono diverse.

La riforma contiene comunque una forte affermazione di principio, che ne costituisce il *manifesto programmatico*: «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico» (nuovo art. 315 c.c.). È indubbio che abbia il valore di *canone interpretativo genera-*

---

\* È doveroso avvertire che il presente scritto è largamente tributario di molte parti del mio *La filiazione: novità, questioni aperte, principi*, in *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di LENTI e MANTOVANI, vol. 2° del *Trattato Zatti di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018*, Giuffrè, 2018, 3.

<sup>1</sup> Mi permetto di rinviare alle considerazioni critiche sul portato effettivo della prima tappa della riforma – la legge 219 – che ho scritto in *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 201.

# JUS CIVILE



le di tutta la materia, di modo che davanti a qualsiasi incertezza o ambiguità delle norme, l'interpretazione che dovrà essere sempre preferita è quella più conforme al principio di eguaglianza.

È discusso se l'eguaglianza fra tutte le categorie di figli, pur con la perdurante eccezione dei figli adottati da maggiorenni, possa dirsi davvero raggiunta, visto che l'unificazione dello stato si limita agli *effetti* della filiazione. Se si ritiene che il principio di eguaglianza sia realizzato a sufficienza anche se a essere unificati sono solo i suoi effetti, e null'altro, la risposta è positiva: l'unicità è raggiunta. Altrimenti non può che essere negativa.

Osservo comunque che se si accoglie l'idea che l'unicità dello stato sia raggiunta, benché l'unificazione riguardi solo gli effetti, allora va detto che tale traguardo era già stato raggiunto in modo quasi completo nel 1975<sup>2</sup>. Al contrario, se si ritiene che per considerare davvero unificato lo stato non sia sufficiente unificare gli effetti, ma occorra unificare anche le regole sulla sua attribuzione e soprattutto sulla sua rimozione, allora va detto che lo stato di figlio non è unificato neppure oggi.

Comunque sia, va sottolineato che tutt'oggi lo stato di figlio matrimoniale continua a differenziarsi da quello di figlio non matrimoniale per la sua maggiore *solidità*<sup>3</sup>. Infatti mentre il riconoscimento può essere impugnato per falsità da chiunque vi abbia interesse, la legittimazione attiva al disconoscimento è limitata ai componenti della famiglia nucleare, con l'aggiunta del curatore speciale (art. 244 c. 6° c.c.). Pertanto il padre biologico che rivendichi la paternità che non gli è stata attribuita nell'atto di nascita, può impugnare il riconoscimento che asserisce non veritiero entro i 5 anni dalla nascita, intromettendosi così nella vita della famiglia non matrimoniale. Invece non è legittimato attivo al disconoscimento, sicché non può direttamente intromettersi nella vita della famiglia matrimoniale<sup>4</sup>. Affinché si giunga a esercitare l'azione di disconoscimento, pur sempre entro i 5 anni dalla nascita, dovrebbe ottenere la nomina di un curatore speciale (art. 244 c. 6° c.c.). Tale nomina, però, è

---

<sup>2</sup> All'inizio degli anni '80 del secolo scorso, con sguardo presago del futuro, lo aveva sostenuto FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione* (in *Trattato Rescigno di diritto privato*, III, Utet, 1<sup>a</sup> ed. 1982, 122): descriveva il regime della filiazione di *allora* come «un unico *status* di figlio al quale corrispondono diversi sistemi di accertamento», secondo se la procreazione avviene nel matrimonio al di fuori di esso.

<sup>3</sup> Eppure la riforma stessa esclude esplicitamente che si possa usare l'aggettivo qualificativo *legittimo* accanto al sostantivo *famiglia*.

<sup>4</sup> Sulla posizione del padre naturale proporrò qualche riflessione in seguito, nel § 11®.

# JUS CIVILE



ammessa solo se corrisponde al miglior interesse del figlio minore<sup>5</sup> e non all'interesse del padre biologico.

Questa diversa solidità costituisce una discriminazione davvero pesante, che mi sembra incompatibile con la proclamata unicità dello stato di figlio.

Il passo decisivo verso l'eguaglianza, il più lungo, era stato fatto con la riforma del diritto di famiglia del 1975, opera di un legislatore di alto livello culturale e morale, coraggiosamente proiettato nel futuro, anche al prezzo di non essere compreso da una parte della società del suo tempo: aveva parificato la condizione dei figli naturali (non più chiamati *illegittimi* come in precedenza) a quella dei figli legittimi per tutto quanto attiene ai rapporti con i loro genitori (come stabilito dall'art. 30 c. 1° cost.), tranne un'eccezione della quale dirò tra poco.

Aveva invece mantenuto alcune differenze in materia successoria, che non riguardavano il rapporto tra genitori e figli, ed erano consentite dall'art. 30 c. 3° cost., se poste a tutela della famiglia legittima: non aveva ammesso la successione legittima tra i parenti naturali in linea collaterale, ivi compresi fratelli e sorelle<sup>6</sup>, in quanto la lettura che si continuava a dare all'art. 74 c.c. – benché non espressamente imposta dal suo tenore letterale – li escludeva dalla nozione di *parenti*; inoltre aveva previsto la facoltà di commutazione a favore dei figli legittimi.

La riforma del 1975, poi, aveva lasciato intatta la profonda differenza, plurisecolare, tra le regole sull'attribuzione dello stato di figlio legittimo e quelle sull'attribuzione dello stato di figlio naturale; come pure aveva conservato i tratti fondamentali del sistema tradizionale delle azioni di stato, del tutto diverso tra filiazione legittima e naturale<sup>7</sup>.

La riforma del 2012-13 ha fatto un ulteriore passo in avanti verso l'eguaglianza: ma il suo portato innovativo, a ben guardare, è molto più ridotto di quanto risulta dai proclami che l'hanno accompagnata.

La novità più importante sul piano dei *principi* è il nuovo testo dell'art. 74 c.c., che esplicitamente tratta la parentela allo stesso modo, tanto se la discendenza dallo stipite comune è avvenuta nel matrimonio quanto fuori da esso<sup>8</sup>. Ne consegue la ri-

---

<sup>5</sup> Così C. cost. 429/1991.

<sup>6</sup> La successione legittima reciproca dei fratelli e sorelle naturali, ma non degli altri parenti, era stata successivamente ammessa dalla Corte costituzionale con le sentenze 55/1979 e 184/1990.

<sup>7</sup> Va però sottolineato l'enorme ampliamento dei casi in cui era ammessa la dichiarazione giudiziale di paternità naturale, che incrementava fortemente la protezione dei diritti dei figli nati fuori dal matrimonio.

<sup>8</sup> Non è questa la sede opportuna per trattare la questione dell'inserimento dell'adottato di cui all'art. 44



mozione delle differenze in materia successoria che erano rimaste dopo la riforma del 1975. A ben guardare, però, l'inserimento a pieno titolo del figlio naturale nella rete parentale dei suoi genitori produce conseguenze davvero nuove solo per la successione tra i parenti in linea collaterale: già fin dal 1975, infatti, il legame di parentela naturale *in linea retta discendente* era parificato ai fini successori a quello di parentela legittima; come pure lo era nei casi in cui la legge menziona genericamente i "discendenti", come per esempio nell'art. 1436 c.c.<sup>9</sup>

Altre novità sono significative sul piano dei principi astratti, ma hanno un'importanza effettiva modesta: l'abrogazione del diritto di commutazione a favore dei figli legittimi e l'ammissione dei genitori naturali alla successione legittima dei propri figli premorti.

La riforma del 1975 aveva lasciato sussistere anche un'altra differenza tra figli legittimi e figli naturali, poco appariscente sul piano dei principi, quindi ricordata di rado finché il discorso vi resta confinato, ma di grande importanza sul piano pratico per la protezione effettiva dei figli nei rapporti con i loro genitori: la diversità delle regole sull'affidamento e sull'assegnazione della casa familiare in occasione della separazione dei genitori.

La cancellazione di questa diversità è avvenuta in tre tappe, due delle quali – le più importanti – sono precedenti alla riforma del 2012-13. (a) La Corte costituzionale, con la sentenza 166/1998, aveva stabilito che la casa familiare poteva essere assegnata anche in caso di separazione della coppia non sposata che avesse figli comuni aventi ancora il diritto di essere mantenuti. (b) La legge 54/2006 sull'affidamento condiviso aveva esteso le regole dettate per i figli delle coppie sposate anche ai figli delle coppie non sposate, sicché per tutti i figli l'affidamento era deciso in base all'art. 155 (ora 337-ter) sgg. c.c.; veniva così meno il riferimento all'art. 333 c.c. per l'affidamento dei figli naturali, con la conseguenza importante, tra l'altro, della ricorribilità per cassazione del relativo decreto<sup>10</sup>. (c) Da ultimo, il d.lgs. 154/2013 ha

---

c. 1° l. 184 (adozione in casi particolari) nella rete parentale dell'adottante: benché il tenore letterale dell'art. 74 sia inequivocabile, un'autorevole parte della dottrina la esclude. Sul punto rinvio, per tutti, alle considerazioni e alla bibliografia contenute nel mio scritto *L'adozione*, in *Il nuovo diritto della filiazione*, cit., 410, e a MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. dir.*, 2013, 838.

<sup>9</sup> Vi sono poi anche altre norme che già prima del 2012 attribuivano *implicitamente* un rilievo giuridico alla parentela naturale: fra queste ricordo gli artt. 155, c. 1° (ora 337-ter c. 1°), 251 c. 1°, 408 c. 1°, 411 c. 3°, 433 n. 2, 1916 c. 2° c.c. e gli artt. 9 cc. 4° e 5°, 11 c. 1°, 12 e 44 c. 1°, lett. a, l. 184.

<sup>10</sup> La ricorribilità per cassazione dei provvedimenti di cui all'art. 333 c.c. ha iniziato a essere ammessa

# JUS CIVILE



completato l'opera: ha unificato la competenza in materia, che oggi è interamente attribuita al tribunale ordinario.

2. – La sessione in cui è inserito il mio intervento è dedicata all'*interesse del minore* nei vari aspetti concernenti l'attribuzione dello stato di filiazione: all'analisi dei diversi casi problematici sull'attribuzione della maternità e della paternità – cui sono dedicati i §§ 7 sgg. – mi sembra pertanto necessario premettere una rapida ricognizione dei principi fondamentali del sistema, al fine di porre in evidenza il modo in cui il principio di priorità dell'interesse del minore interagisce con gli altri principi fondamentali del sistema.

Questi principi, che presentano legami reciproci e interferenze conflittuali, sono: (a) il favore per la verità biologica, (b) la procreazione responsabile e la responsabilità per la procreazione, (c) la priorità dell'interesse del minore. I primi due connotano principalmente le regole sulla formazione dello stato di filiazione e sulle azioni di stato; il terzo riguarda soprattutto i rapporti tra genitori e figli, ma dal 1975 rileva anche per la formazione dello stato e per l'esercitabilità delle azioni di stato.

3. – Il *principio di verità* biologica ha sempre avuto un ruolo centrale nella formazione dello stato di figlio e nella sua rimozione. È una costante storica che il rapporto *giuridico* di filiazione si fondi sul rapporto *biologico* di filiazione: di regola dovrebbe coincidere con quest'ultimo<sup>11</sup>.

Ma che cosa esattamente si intende per *verità* nel rapporto biologico di filiazione?

Per il maschio il suo significato è univoco: la derivazione *genetica*, cioè dai suoi spermatozoi. *Biologico* e *genetico* quindi significano la stessa cosa. Il suo accertamento – che oggi è facile e sicuro grazie all'esame del DNA – in passato era problematico, tanto da dover essere tratto da presunzioni, a causa delle gravissime difficoltà di dare prove certe.

Per la femmina vi sono invece due diversi aspetti, entrambi *biologici*: la discendenza *genetica*, cioè dal suo ovocita, e la *gestazione* e il *parto*. In passato, per ovvi

---

soltanto di recente, a partire da Cass. 23633/2016.

<sup>11</sup> Basti ricordare che il principio di verità della filiazione *paterna* è alla base stessa della monogamia e delle regole morali e sociali sulla sessualità femminile che hanno retto le società europee per millenni: il loro fine era proprio quello di garantire la discendenza genetica dal marito.



motivi tecnologici, questi aspetti non potevano non coincidere: la gestazione e il parto – eventi facilmente accertabili, soprattutto il secondo – erano garanzia indiscutibile di discendenza genetica, salvo ovviamente i casi di supposizione di parto e di scambio di neonati<sup>12</sup>. Ma oggi non è più così, come tutti sappiamo: la gravidanza e il parto possono essere scissi dalla discendenza genetica, cioè dall'ovocita fecondato, sicché per la donna verità *biologica* e verità *genetica* non si possono più identificare.

Fino a pochi decenni fa i problemi riguardanti il principio di *verità* si ponevano dunque solo per la discendenza maschile, mentre oggi si pongono anche per quella femminile. Ritorno sui problemi che ne derivano più avanti, nel § 7®.

Il principio di verità genetica, secondo quanto comunemente si dice, ha assunto un ruolo centrale nel sistema con la riforma del 1975<sup>13</sup>. In precedenza, pur essendo ovviamente esistente e operante, incontrava limiti dovuti ad altri principi tradizionali<sup>14</sup>.

Due di questi sono sempre ricordati: uno è la *difesa della famiglia legittima*, fondamento del divieto di riconoscere i figli adulterini (caduto nel 1975), oltre che ragione giustificatrice della discriminazione plurisecolare verso i figli naturali; l'altro è il *favore per la legittimità* del figlio, fondamento di varie regole: la lunghezza eccessiva, rispetto alla realtà biologica, del termine di 300 giorni della presunzione di concepimento nel matrimonio; la sua assolutezza; i limiti posti al disconoscimento (art. 235 c.c.).

Un altro di questi principi è invece raramente ricordato, ma non è meno importante: la garanzia molta ampia, benché non completa, dell'*irresponsabilità maschile* in caso di procreazione fuori dal matrimonio, fondamento dei limiti all'accertamento della paternità, cancellato in modo quasi completo nel 1975<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Tale necessaria coincidenza è il fondamento razionale dell'art. 269 c. 3° c.c. tuttora vigente.

<sup>13</sup> Le più importanti novità che hanno ampliato l'area di applicazione del principio di verità sono la riconoscibilità dei figli adulterini e la dichiarabilità giudiziale di tutti i figli che possono essere riconosciuti. A queste va aggiunta la regola, dapprima solo giurisprudenziale, che permette alla donna sposata di dichiarare che il figlio è stato concepito con persona diversa dal marito, dunque fuori dal matrimonio, evitando così che si formi lo stato di figlio legittimo non corrispondente a verità. Nel 2006 l'area di applicazione del principio di verità è stata ulteriormente ampliata da due importantissime sentenze della Corte costituzionale, che hanno rimosso alcuni rilevanti ostacoli all'accertamento della verità: la 50 sulla dichiarazione giudiziale di paternità e la 266 sul disconoscimento della paternità.

<sup>14</sup> La contrapposizione secca tra principio di favore per la legittimità, che avrebbe connotato il diritto della filiazione prima della riforma del 1975, e principio di verità, che l'avrebbe connotato dopo, elaborata nei primi anni successivi alla riforma per presentare alcune delle sue novità e poi comunemente ripetuta, aveva un'immediata e grande efficacia comunicativa, ma peccava di semplicismo: non sapeva descrivere la materia in modo fedele e approfondito.

<sup>15</sup> Il percorso storico dell'irresponsabilità maschile non è rettilineo. Fino al XVIII secolo era meno am-

# JUS CIVILE



4. – Nonostante oggi il principio di verità resti indubbiamente centrale, vi sono molti casi in cui soccombe dinanzi ad altri principi, in gran parte diversi da quelli dinanzi ai quali soccombeva in passato, accennati sopra, ma non meno ampi<sup>16</sup>. Queste vicende suggeriscono un'immagine, che mi sembra descriva efficacemente il modo di atteggiarsi del principio di verità: quella di una palla, che può essere schiacciata da una forza più o meno grande, ma che al suo venir meno riassume la propria forma rotonda, salvo venire poi nuovamente compressa da un'altra e diversa forza e così via, man mano che cambiano la società, le idee che la governano e le esigenze che ne derivano.

I casi in cui oggi la verità soccombe dinanzi ad altri principi sono in sintesi i seguenti<sup>17</sup>.

a) L'adozione (l. 184): la verità, ieri come oggi, soccombe davanti alla priorità dell'interesse del minore considerato in quanto tale, cioè in quanto persona di minore età, a essere allevato da una famiglia diversa da quella d'origine, quando quest'ultima è inidonea.

b) Il parto anonimo (art. 30 c. 1° d.p.r. 396/2000): in questo caso l'atto di nascita che si forma è quello di figlio d'ignoti, sicché l'identità genetica materna del figlio resta sconosciuta<sup>18</sup>; ne seguirà di regola l'immediata formazione del rapporto adottivo, a meno che il padre lo riconosca, evento alquanto improbabile<sup>19</sup>.

c) La formazione del rapporto di filiazione fuori dal matrimonio quando il figlio è infraquattordicenne e si è già formato l'atto di nascita di figlio riconosciuto da un so-

---

pia: per lo più, a parità di classi sociali, il seduttore era obbligato a rimediare, sposando la donna o dotandola. Successivamente, fino a metà novecento, si era invece ampliata: l'accresciuto peso riconosciuto alla volontà della donna permetteva di attribuirle la *colpa morale* del rapporto sessuale fecondo e quindi di addossarle l'intera responsabilità per il nato. I limiti alla ricerca della paternità erano infatti fortissimi e la legge non prevedeva altre sanzioni per l'uomo; tuttavia la giurisprudenza andava elaborando una figura di illecito civile, il danno da seduzione. Sulle vicende storiche in materia cfr. CAZZETTA, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Giuffrè, 1999.

<sup>16</sup>Tanto la Corte costituzionale (sentenza 272/2017, § 4.1), quanto la Corte di cassazione (sentenza 8617/2017, al § 11) hanno espressamente escluso che il principio di verità abbia una «rilevanza costituzionale assoluta», tale cioè da sottrarlo a ogni bilanciamento.

<sup>17</sup>Sui problemi derivanti dal duplice significato che per la donna ha la verità *biologica* (genetica e di gravidanza e parto) rinvio al successivo § 7®.

<sup>18</sup>È molto discusso quali siano i valori tutelati dall'ammissibilità del parto anonimo: si dice per lo più che tuteli la scelta esistenziale della madre, aspetto del principio della procreazione responsabile; ma pure che tuteli l'interesse del figlio a nascere, cioè a non essere abortito, e a che la nascita avvenga in condizioni sanitarie decenti. Non è questa la sede adatta per discuterne.

<sup>19</sup>E pure sospetto, in quanto considerato come una tecnica per dissimulare la compravendita di un bambino: da qui l'obbligo degli ufficiali di stato civile di segnalare al tribunale per i minorenni il riconoscimento, se fatto da un uomo sposato (art. 74 l. 184).

# JUS CIVILE



lo genitore: la verità soccombe dinanzi alla priorità dell'interesse del minore. I casi sono due. (c.1) Per il riconoscimento tardivo (art. 250 c. 3° c.c.) è richiesto il consenso del genitore che ha riconosciuto per primo; può essere rifiutato solo ciò se corrisponde all'interesse del minore e in caso di conflitto tra i genitori, interviene il giudice (art. 250 c. 4° c.c.). (c.2) Per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità (art. 269 c.c., come integrato da Corte cost. 341/1990) è necessario che il giudice davanti al quale l'azione è proposta la accerti se corrisponde all'interesse del minore. Ritorrerò più ampiamente su entrambi i casi nel § 10®.

d) La formazione del rapporto di filiazione fuori dal matrimonio quando il figlio è ultraquattordicenne e si è già formato l'atto di nascita di figlio riconosciuto da un solo genitore: è necessario l'assenso del figlio, lasciato interamente alla sua libera scelta (art. 250 c. 2° c.c.). In questo caso, quindi, la verità soccombe dinanzi al rispetto della personalità del figlio e della sua concezione della propria identità, la quale a 14 anni si considera ormai consolidata.

e) La procreazione medicalmente assistita (in seguito PMA) eterologa<sup>20</sup>: il principio di verità soccombe in due diversi modi. (e.1) L'ammissibilità della PMA eterologa mostra come la verità genetica ceda davanti all'esigenza di tutelare la volontà del genitore sociale, maschio o femmina che sia, di diventare tale pur non avendo la capacità generativa necessaria. (e.2) L'inammissibilità del disconoscimento e dell'impugnazione del riconoscimento per falsità (art. 9 l. 40/2004) mostra come la verità genetica soccomba davanti al principio di responsabilità per il fatto della procreazione e a quello di priorità dell'interesse del minore.

f) Il consolidamento dello stato di figlio dopo 5 anni dalla nascita (artt. 244 c. 4° e 263 c. 4° c.c., come modificati dal d.lgs. 154/2013): l'esercizio delle azioni per rimuovere la paternità (disconoscimento e impugnazione del riconoscimento) non è più ammesso, tranne che per iniziativa del figlio stesso. In questi casi la verità soccombe davanti alla priorità dell'interesse del figlio (in quanto tale) alla tutela della sua identità personale e dei suoi diritti successori, ma anche davanti alla priorità dell'interesse del minore (in quanto tale) a conservare integri i suoi riferimenti affettivi o, più realisticamente, il suo diritto di essere mantenuto<sup>21</sup>.

g) La nomina del curatore speciale per l'esercizio delle azioni che rimuovono lo

---

<sup>20</sup> La Corte costituzionale, con la sentenza 162/2014, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di PMA eterologa, previsto in origine dall'art. 4 c. 3° l. 40/2004.

<sup>21</sup> Sulla differenza tra interesse del minore in quanto tale e interesse del figlio in quanto tale ritornerò nel successivo § 6®.

# JUS CIVILE



stato di filiazione quando il figlio è minorenni (artt. 244 c. 6°, 248 c. 5° e 264 c.c., come integrati da Corte cost. 429/1991): la nomina è ammessa solo se l'esercizio dell'azione corrisponde all'interesse del minore, sicché anche in questo caso la verità soccombe. Se è giudicato che non vi corrisponda, l'azione non può essere esercitata e lo stato non veritiero permane, almeno fino alla maggiore età del figlio, quando questi potrà esercitare le azioni in autonomia.

h) Il diritto di conservare il cognome, una volta rimosso lo stato di filiazione dal quale derivava (art. 95 c. 3° d.p.r. 396/2000): la verità soccombe dinanzi alla tutela dell'identità personale del figlio su un punto che, pur diverso dal rapporto di filiazione, vi è strettamente collegato<sup>22</sup>.

I casi che riguardano le azioni di stato e le loro conseguenze fuoriescono dal tema della presente relazione, sicché non ne tratterò nelle pagine successive.

5. – La giustapposizione delle parole *procreazione* e *responsabilità* dà luogo a due frasi di diverso significato, ma legate logicamente fra loro.

a) La locuzione *procreazione responsabile* si è diffusa nel linguaggio giuridico italiano a partire dagli anni '70, in occasione delle discussioni politiche e giuridiche sui mezzi anticoncezionali e sull'interruzione volontaria della gravidanza (in seguito IVG)<sup>23</sup>.

Contiene una raccomandazione, la quale indica una *prospettiva*: procreare non dovrebbe essere la mera conseguenza biologica di un rapporto sessuale, ma il frutto di una scelta esistenziale consapevole – oppure, se non voluta, accolta comunque con una piena assunzione di responsabilità – che si traduce in un *progetto di vita familiare*.

b) La locuzione *responsabilità per la procreazione* esprime una regola cogente, che opera in ogni caso, quand'anche la procreazione non fosse stata *responsabile* nel

---

<sup>22</sup> Occorre però che l'identità personale sia sufficientemente formata: è ritenuta tale anche quella del minorenni, purché abbia raggiunto l'età preadolescenziale, secondo quanto si legge nella giurisprudenza sul cambio del cognome del figlio in seguito al secondo riconoscimento (art. 262 c. 3° c.c., il cui nuovo testo, introdotto dal d.lgs. 154, esplicita il principio): Cass., sentenze 6098/2001, 12641/2006, 16989/2007, 2751/2008, 12640/2015. Per una più ampia trattazione della materia rinvio a LENTI, *L'identità del minorenni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, suppl. (atti del convegno *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, Padova, 2006), 77 sgg.

<sup>23</sup> La sua prima comparsa in un testo di legge data dal 1975: nell'art. 1 l. 405 sui consultori familiari. Successivamente è comparsa negli artt. 1 e 2 l. 194/1978 sull'IVG.

# JUS CIVILE



senso or ora detto<sup>24</sup>. I genitori hanno degli obblighi verso i propri figli fin dal momento della loro nascita, fondati sul rapporto *biologico* di filiazione (artt. 30 cost. e 315-*bis* c.c.)<sup>25</sup>, cui la legge assimila i due casi in cui la genitorialità è solo elettiva, l'adozione e la PMA eterologa. Si ricordi che il rapporto che lega il genitore al figlio è indissolubile, salvo il caso della dichiarazione di adottabilità e della successiva adozione piena, a tutela del miglior interesse del figlio minore.

Su questo principio si fondano numerose regole del diritto della filiazione.

Anzitutto vi si fonda l'intera responsabilità genitoriale, vale a dire l'insieme dei poteri e doveri che spettano ai genitori, volti al fine di adempiere l'obbligo di educare, istruire e assistere materialmente e moralmente i figli. Come pure vi si fonda l'obbligo di mantenerli, che sorge fin dal momento della nascita e sussiste anche se il rapporto giuridico di filiazione non è costituito (art. 279 cod. civ.)<sup>26</sup>.

Vi trova il suo fondamento – oltre che nel principio di verità – anche l'amplessissimo diritto del figlio di ottenere che il rapporto di filiazione sia costituito contro la volontà del genitore che non l'ha riconosciuto, mediante la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità (art. 269 c. 1° c.c.) e il reclamo dello stato di figlio (art. 239 c.c.). Vi si fonda inoltre la regola che esclude il disconoscimento in caso di PMA eterologa: il padre che vi ha consentito porta la responsabilità per la procreazione del figlio, poiché la sua volontà, manifestata con il consenso dato alla PMA secondo le regole di legge, è equiparata alla volontà di avere un rapporto sessuale fecondo.

Nell'applicare il principio di responsabilità per la procreazione, *finché il figlio non è ancora nato* vi è una differenza imporante tra uomo e donna. Quest'ultima, in nome del principio di procreazione responsabile, ha la facoltà di decidere in autonomia se condurre a termine la gravidanza o interromperla, secondo le regole sull'IVG (l. 194/1978), mentre l'uomo non può opporsi alla sua decisione, né per imporle l'interruzione né per impedirgliela<sup>27</sup>. La donna dunque, valendosi di questa facoltà,

---

<sup>24</sup> Cass. 10906/2017 ha escluso che costituisca un illecito civile, fonte di obbligazione risarcitoria, la dichiarazione erronea della donna di non essere fertile, anche se consapevolmente falsa, resa al momento del rapporto sessuale nel quale è stato concepito il figlio.

<sup>25</sup> Non trovano dunque fondamento nel matrimonio, come tuttora recita l'art. 147 cod. civ., sfuggito all'abrogazione da parte del d.lgs. 154/2013.

<sup>26</sup> Sul punto la giurisprudenza della Corte suprema è costante da tempo: cfr. in termini, da ultimo, Cass. 12640/2015; in precedenza Cass. 5586/2000, 8042/1998, 6217/1994, 7285/1987.

<sup>27</sup> C. Cost. 389/1988 ha giudicato non irragionevole, e quindi non sindacabile, la scelta di politica del di-

# JUS CIVILE



può evitare la conseguenza procreativa del rapporto sessuale, mentre all'uomo non è data la medesima facoltà.

Questa disparità è pienamente giustificata, a mio avviso, in quanto conseguenza logica e ragionevole di differenze *naturali*: la gravidanza è portata dalla donna, dunque incide sulla sua vita biologica, e solo sulla sua; inoltre soltanto per la donna è ipotizzabile un rapporto sessuale atto a procreare, che sia imposto contro la sua volontà, con la violenza.

**6.** – La *priorità dell'interesse del minore* è ormai un principio di base del sistema costituzionale e internazionale dei diritti fondamentali dell'uomo, che presiede all'intero diritto minorile<sup>28</sup>: la sua definizione più significativa e articolata contenuta in un testo normativo è quella dell'art. 3 della *Convenzione ONU sui diritti dei minori* (New York, 1989)<sup>29</sup>. Ha la funzione di guida tanto per il legislatore quanto per l'interprete ed esprime l'atteggiamento fortemente puerocentrico che oggi, almeno a parole, connota le società dei paesi di matrice culturale europea.

È una formula generica, un'icona linguistica<sup>30</sup>, dal contenuto molto ampio e non

---

ritto compiuta dal legislatore, di lasciare la donna unica responsabile della decisione di interrompere la gravidanza, in presenza delle condizioni indicate dalla legge.

<sup>28</sup> Per un'ampia ricognizione di questo singolare principio, del quale si fa spesso un uso retorico e del quale molte volte si abusa, come se bastasse asserirlo per motivare adeguatamente una decisione, cfr. anzitutto LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, 2016; SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene, 2013, in part. 85. Cfr. inoltre TOMMASEO, *La tutela dei minori nel quadro di un diritto di famiglia in bilico tra riforme recenti e annunciate*, in *Fam. dir.*, 2016, 713; SALANITRO, *Azioni si stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 552; ID., *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (II parte)*, in *Corr. giur.*, 2014, 675. Rinvio infine ai miei articoli "Best interests of the child" o "best interests of children"?, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 157; *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ., cit.*, I, 86; *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 148.

<sup>29</sup> Nella locuzione *best interests of the child* la parola "best" è un superlativo relativo, che in italiano si traduce correttamente "migliore" e non certo con "superiore". La locuzione "superiore interesse del minore" – da qualche tempo comunemente usata in Italia – deriva dalla traduzione francese dei suddetti *best interests* del testo inglese dei documenti internazionali. Mi sembra che ne tradisca lo spirito e che aggiunga una buona dose di retorica, marcata ancor di più dal fatto che in italiano l'aggettivo è posto prima del sostantivo, a differenza che in francese, sicché sul piano psico-linguistico appare dominante.

<sup>30</sup> Definizione di ZATTI, *Le icone linguistiche: discrezionalità interpretative e garanzia procedimentale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, suppl., 1 (Atti del convegno *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei giovani adulti*, Cedam, 2004).

# JUS CIVILE



precisamente circoscritto, che da tempo è divenuto un vero e proprio diritto fondamentale attinente alla personalità del minore<sup>31</sup>: comprende ogni aspetto della sua vita e privilegia il suo complessivo benessere, nella famiglia e nelle altre formazioni sociali cui partecipa. Ciò non solo e non tanto sul piano patrimoniale (cui sembrerebbe più direttamente riferirsi la parola *interesse*), quanto soprattutto sul piano *non patrimoniale*, dei *diritti fondamentali della persona* – primo fra tutti quello di essere adeguatamente curato e accudito nella propria famiglia – e dei valori che vi sono sottesi, secondo la concezione che ne ha la società del nostro tempo. Tutto ciò in vista del fine ultimo: che diventi un adulto libero, consapevole e responsabile.

Dalla sua origine fino alla metà del XX secolo aveva solo il significato, ben preciso e molto più ristretto di quello che gli viene riconosciuto oggi, di fungere da valvola di sfogo rispetto alle rigidità dell'ordinamento. Permetteva infatti all'autorità pubblica, in considerazione delle specifiche circostanze in cui si trovava quel determinato minore, di prendere una decisione che fosse quanto più possibile "giusta" per lui, cioè corrispondente alla sua "felicità", anche se in conflitto con principi consolidati dell'ordinamento giuridico. Una decisione, insomma, che l'autorità non avrebbe potuto prendere se avesse applicato con rigore la disciplina stabilita dal diritto in via generale e astratta<sup>32</sup>. Successivamente, almeno dalla metà del XX secolo, ha assunto anche un altro significato, come ben emerge dal suddetto art. 3 Conv. ONU laddove lo addita al legislatore: tutto il sistema *legislativo* dev'essere costruito in funzione della miglior protezione del benessere dei bambini e degli adolescenti.

Le due nozioni possono però entrare in conflitto; e spesso hanno avuto occasione di entrarvi<sup>33</sup>.

L'estrema ampiezza del raggio d'azione del principio di priorità dell'interesse del minore supera di molto l'ambito della materia qui trattata. È espressamente richiamato da lungo tempo in molti settori del diritto minorile: dall'affidamento che segue alla separazione dei genitori, ai provvedimenti sulla responsabilità parentale, all'affidamento extra-familiare, all'adozione.

---

<sup>31</sup> Così per primo SENIGAGLIA, *Status filiationis*, cit., in part. 145; successivamente cfr. LENTI, *Note critiche*, cit., 98.

<sup>32</sup> Per l'esposizione dell'origine della formula *best interests of the child*, che ha il suo primo impiego operativo nel diritto nordamericano dell'inizio ottocento, rinvio a LENTI, *Note critiche*, cit., 89.

<sup>33</sup> Un clamoroso esempio italiano è la vicenda del progressivo sfondamento del limite massimo di differenza di età per adottare con adozione piena (art. 6 l. 184): rinvio ancora a LENTI, *Note critiche*, cit., 95.

# JUS CIVILE



In questa sede mi limito a cercar di fare un po' di chiarezza, fra le tante ambiguità del suo significato, su quella che maggiormente rileva per le regole sulla costituzione lo stato di figlio: interesse del *minore* o interesse del *figlio*?

Da un lato vi è il miglior interesse del *minore in quanto tale*, cioè preso in considerazione per i suoi peculiari bisogni, prima di tutto quelli di affetto e di cura. Riguarda con maggiore intensità i primi anni della vita, quelli dell'infanzia e dell'adolescenza; la sua prospettiva temporale è relativamente breve. Per soddisfarlo, di solito – ma non sempre – è opportuno conservare e proteggere la relazione del bambino con i genitori e con gli altri familiari più stretti, oppure con le persone cui è stato affidato e che se ne sono prese cura come se fosse un figlio; e sostenerla, se ve n'è la necessità, sia sul piano sociale, con aiuti da parte del sistema dei servizi sociali, sia sul piano giuridico, con regole che le diano stabilità e pubblico riconoscimento. Nel linguaggio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (in seguito CtEDU) questo interesse è protetto in quanto vita *familiare*.

Dall'altro lato vi è l'interesse del *figlio in quanto tale*, cioè preso in considerazione non per la sua età, ma come essere umano legato da un rapporto giuridico e fattuale con i suoi genitori e con le famiglie da cui questi provengono. Il figlio ha un'identità personale, nella cui formazione svolgono un ruolo fondamentale tanto i legami affettivi e sociali con i genitori, quanto la discendenza biologica da loro. Verità e identità sono legate reciprocamente in un modo che si evolve nel tempo: ciò che all'inizio della vita è solo *verità* biologica, va poi trasformandosi in *identità* personale, in senso morale e sociale. La sua prospettiva temporale è dunque lunga. Nel linguaggio della giurisprudenza della CtEDU questo interesse, più che come vita familiare, è protetto come vita *privata*.

Durante la minore età si presenta la loro sommatoria, l'interesse del *figlio minore*. La potenziale antitesi tra interesse del minore (principalmente affettivo) e interesse del figlio (principalmente identitario) ha molte occasioni per emergere, nelle quali il nostro diritto presenta un livello di confusione non indifferente.

Un caso emblematico è quello portato al giudizio della Corte costituzionale (sentenza 272/2017), che riguarda un atto di nascita validamente formato all'estero in seguito a una maternità surrogata: se debba essere trascritto integralmente, attribuendo alla committente la qualità di madre (benché solo sociale, ma non genetica né di gravidanza e parto), oppure possa essere trascritto solo in parte, attribuendo la

## JUS CIVILE



paternità al marito (padre genetico); a questo modo per la madre sociale si aprirebbe la strada all'adozione del figlio del coniuge<sup>34</sup>.

Tralasciando qui i problemi derivanti dall'illiceità della maternità surrogata, la prima soluzione dà piena protezione all'interesse del minore, ma non garantisce il diritto del figlio all'identità, seppur solo sotto il profilo genetico. La seconda dà invece piena protezione a quest'ultimo diritto, ma è meno garantistica rispetto all'interesse del *minore*; e anche rispetto all'interesse del *figlio*, quanto alla stabilità del rapporto: l'adozione in casi particolari è infatti revocabile nei casi stabiliti dalla legge.

7. – Nella filiazione materna, come già osservato sopra, la *verità biologica* presenta due diversi aspetti: la discendenza *genetica* e la *gestazione* e il *parto*.

L'art. 269 c. 3° c.c. stabilisce che la maternità è attribuita alla donna che partorisce: è un principio di tradizione plurisecolare, che in passato stabiliva una cosa del tutto ovvia sul piano biologico. Suo presupposto implicito, logico e biologico, era che la formazione dell'embrione, risultato dell'unione dell'ovocita e dello spermatozoo, non poteva avvenire se non all'interno del corpo della donna. Come tutti sappiamo, da circa 40 anni non è più sempre così: infatti è tecnicamente e legalmente possibile formare l'embrione in vitro, dopo aver prelevato l'ovocita dall'apparato riproduttivo femminile.

La legge italiana ignora questo dato della realtà contemporanea: lasciando immutato il tradizionale principio espresso dall'art. 269 c. 3° c.c., riconosce unicamente la maternità di gravidanza e parto e ignora quella solo genetica; o almeno questo è quanto risulta dai testi normativi.

Nel caso di una coppia eterosessuale che ricorre alla PMA eterologa femminile, l'embrione è formato con l'ovocita di una datrice anonima, mentre la gravidanza è

---

<sup>34</sup>In materia sono attese al momento in cui scrivo due importanti sentenze. La prima della Corte di cassazione: dovrà pronunciarsi sulla trascrivibilità integrale dell'atto di nascita quando il nato è frutto di una maternità surrogata, questione sulla quale la Corte costituzionale, con la citata sentenza 272, si è limitata a dare indicazioni di massima, ma ha evitato di pronunciarsi. La seconda della Corte europea dei diritti dell'uomo: dovrà pronunciarsi in seguito al rinvio pregiudiziale fattole dalla Corte di cassazione francese (5 ottobre 2018, n. 638), ancora con riguardo al noto caso *Mennesson* (sul quale cfr. sotto, nt. 36®): se l'ammissione dell'adozione del figlio del coniuge sia sufficiente per considerare rispettati i principi in materia stabiliti della Corte europea in tema di rispetto della vita privata e familiare. Si tratta del primo caso di rinvio pregiudiziale a Strasburgo, in applicazione del protocollo n. 16 della CEDU.



portata dalla donna che nell'intenzione è madre sociale. In questi casi attribuire la maternità a quest'ultima e ignorare la madre genetica non dovrebbe dar luogo ad alcuna controversia: da un lato, infatti, l'art. 9 c. 3° l. 40/2004 esclude espressamente qualsiasi rapporto tra la datrice del gamete e il nato, nell'implicito presupposto che questa sia destinata a restare anonima e che abbia anche un interesse in tal senso; dall'altro lato la madre sociale, la sola cui l'art. 269 c. 3° attribuisce la maternità, è l'unica interessata a svolgere la funzione di madre del nato.

La questione del riconoscimento della maternità solo genetica si pone invece in modo effettivo e concreto per le coppie omosessuali femminili. Va infatti crescendo il numero dei casi in cui *biologicamente* il figlio appartiene a entrambe le donne: l'una è madre *genetica* e l'altra è madre *gestante e partoriente*.

Allo stato attuale delle regole del nostro diritto – che sul punto è di fonte principalmente giurisprudenziale – l'attribuzione della maternità a entrambe è ammissibile solo se la nascita è avvenuta all'estero, in un paese che consente la formazione di un atto di nascita di figlio di due donne, atto che potrà poi essere trascritto in Italia. Se invece la nascita avviene in Italia, l'art. 269 c. 3° c.c. impone che madre sia solo la donna che ha partorito. Resta ovviamente ferma la possibilità di ricorrere all'adozione di cui all'art. 44 c. 1°, lett. d, l. 184.

Per la madre genetica si potrebbe però aprire, a mio avviso, uno spiraglio per affermare la propria maternità: fare all'ufficiale di stato civile la dichiarazione di riconoscimento del figlio e poi impugnare il suo probabilissimo rifiuto di riceverlo<sup>35</sup>. Nel relativo procedimento giudiziario potrebbe dare la prova della propria maternità genetica.

La regola dell'art. 269 c. 3° c.c. è sempre stata interpretata in modo rigido, tale da non ammettere altre possibilità: madre è *soltanto* colei che partorisce. Se ne potrebbe però ipotizzare un'interpretazione diversa, che ne temperi la rigidità, traendo spunto dagli argomenti svolti nella sentenza 347/1998 della Costituzionale sul disconoscimento della paternità in caso di PMA eterologa. La Corte non aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 235 c.c. allora vigente, nella misura in cui non prevedeva il caso della PMA eterologa, come avrebbe ben potuto fare. Aveva invece scelto una strada diversa, quella di ritenere che vi fosse una *lacuna*, cioè che mancasse la norma regolatrice del disconoscimento per il caso di PMA eterologa: da qui la necessità di ricorrere ai

---

<sup>35</sup> L'eventuale legame di unione civile tra le due donne non ha alcun rilievo: si tratta comunque di un figlio nato fuori dal matrimonio.

# JUS CIVILE



principi generali<sup>36</sup>. I casi di cui all'art. 235 c.c. – argomentava la Corte – avevano un presupposto fattuale ineliminabile: l'adulterio della donna; adulterio che è pacifico non sussista in caso di PMA eterologa.

Nel caso dell'art. 269 c. 3° c.c. si potrebbe strutturare il ragionamento in modo analogo: il presupposto fattuale della norma, come già detto sopra, è l'inscindibilità della maternità di gravidanza e parto da quella genetica. Nei casi in cui i due aspetti della maternità biologica si presentano scissi, sicché vi sono due madri che sono entrambe biologicamente tali, si potrebbe dire che vi è una *lacuna* e che si dovrebbe quindi ricorrere ai principi generali.

Tra questi vi è certamente l'interesse del minore alla consolidazione giuridica del rapporto con la madre genetica, un rapporto che esiste nei fatti e che gode di tutela come vita familiare. Ma qui opera anche un altro principio, che mi sembra non si possa trascurare: l'eguaglianza. Il fatto che la discendenza genetica sia tutelata diversamente per l'uomo e per la donna potrebbe essere considerato come una violazione del principio di eguaglianza<sup>37</sup>. Questa interpretazione permetterebbe in astratto di giungere al risultato di ammettere che il rapporto di filiazione possa essere costituito con entrambe le donne: con la madre partorienti in forza dell'art. 269 c. 3° c.c. e con la madre genetica in forza dei principi generali.

L'importanza decisiva del legame genetico emerge chiaramente dalle sentenze della CtEDU: quand'anche la procreazione fosse stata realizzata in violazione di

---

<sup>36</sup> Il principio fondamentale indicato è quello della priorità dell'interesse del minore, al quale la casazione, con la sentenza 2135/1999, ha poi aggiunto l'esigenza di contrastare le condotte "ondvaghe" di chi, dopo aver consentito alla PMA eterologa, aveva poi cambiato idea e chiesto il disconoscimento.

<sup>37</sup> Emerge qui un dato curioso. Secondo una tradizione scientifica plurisecolare, che risale ad Aristotele e ha dominato nella cultura europea dell'era pre-microscopica, fino a metà del XVII secolo, la discendenza genetica è solo maschile. Nel linguaggio ha lasciato una traccia che dura tuttora: i gameti maschili erano e sono chiamati *sperma*, *seme*, facendo così un'analogia con il mondo vegetale evidentemente errata, poiché ciò che equivale al seme delle piante è semmai l'embrione. Secondo la suddetta tradizione, l'embrione si forma per l'azione dello sperma sul sangue mestruale femminile; lo sperma rappresenta il principio vitale (causa efficiente), che infonde l'anima del nuovo essere nella donna, mondo inerte, terreno neutro, che ha solo la funzione di accogliere il seme e di alimentarlo (causa materiale). Il fondamento culturale e sociale di una simile teoria scientifica, rigorosamente maschio-centrica, è di tutta evidenza.

Così ragionando, l'apporto femminile alla procreazione è costituito solo dalla gravidanza e non dall'ovocita, la cui stessa esistenza era esclusa nella dottrina aristotelica ed era controversa nella scienza dei secoli XVII e XVIII. Il principio secondo il quale anche in caso di PMA eterologa femminile madre è sempre e soltanto la donna che partorisce, e trascurando la provenienza dell'ovocita, è coerente con questa tradizione discriminatoria e le dà in qualche modo nuova vita.

# JUS CIVILE



norme di legge, quando vi è discendenza genetica non è lecito impedire che si formi il rapporto giuridico di filiazione<sup>38</sup>.

Il d.lgs. 154/2013, purtroppo, non ha potuto tener conto del fatto che oggi questi eventi non solo potrebbero verificarsi, ma effettivamente si verificano e non sono più eccezionali: la delega (art. 2 l. 219/2012) non contiene infatti alcuna indicazione in proposito. È vero, il divieto della PMA eterologa è caduto solo nel 2014, quindi ben dopo la legge 219; ma anche prima di questa legge era ben noto che la PMA con queste peculiari caratteristiche era comunemente praticata all'estero e che vi ricorrevano anche donne italiane, sicché nella delega sarebbe stato opportuno tenerne conto. Sottolineo poi che la legge 40, che pur vietava la PMA eterologa, era consapevole che avrebbe ben potuto darsi che tali interventi potessero aver luogo nonostante il divieto, sia in Italia, in violazione della legge stessa, sia all'estero: pertanto all'art. 9 ne aveva opportunamente disciplinato le conseguenze.

**8.** – Nelle regole sulla formazione del rapporto di filiazione materna la riforma del 2012-13 ha mantenuto la differenza tra nascita nel matrimonio e fuori dal matrimonio: nel primo caso il rapporto si costituisce di diritto, come conseguenza immediata del fatto della nascita da una donna sposata, salvo che questa dichiari di aver concepito il figlio fuori dal matrimonio o di voler restare anonima. Nel primo caso è necessario, per far sorgere il rapporto, il contestuale riconoscimento della madre.

Il legislatore ha dunque scelto di mantenere la regola tradizionale<sup>39</sup>, che storicamente è legata all'ammissione della facoltà di partorire nell'anonimato. Eppure la costituzione di diritto del rapporto di filiazione materna non è affatto in conflitto necessario con il parto anonimo, che il diritto italiano garantisce: non vi sarebbe infatti alcuna difficoltà a stabilire che il rapporto di filiazione materna si costituisce di diritto.

---

<sup>38</sup> Nei casi *Menesson c. Francia* e *Labassée c. Francia* (2014) le coppie committenti (eterosessuali) avevano fatto ricorso alla maternità surrogata – vietata dalla legge francese – in un paese ove era lecita. I figli che ne erano nati discendevano geneticamente dai mariti delle coppie committenti, sicché il rapporto di filiazione che li legava ai padri, risultante dai loro atti di nascita, doveva essere riconosciuto anche in Francia.

<sup>39</sup> Questa regola è in conflitto con l'art. 2 della *Convenzione europea sullo stato giuridico dei figli nati fuori dal matrimonio* (Strasburgo, 1975), secondo il quale invece la maternità è attribuita per il «solo fatto della nascita». La Convenzione non è stata ratificata dall'Italia e ha avuto poco successo nei paesi dell'Europa occidentale, Scandinavia a parte, benché il principio del suddetto art. 2 sia accolto quasi ovunque, anche dai paesi che non hanno ratificato la Convenzione.



to in ogni caso, che lo donna sia o non sia sposata, a meno che al momento del parto dichiarare l'intenzione di restare anonima<sup>40</sup>.

Il fatto che il rapporto di filiazione materna non si costituisca di diritto, per il mero fatto della nascita, può avere gravi conseguenze pratiche per la madre stessa, per la sua famiglia e per il neonato. Sono casi fortunatamente rari, ma tutt'altro che impossibili a verificarsi. Il principale è quello in cui la madre, in seguito al parto, rimanga priva della capacità naturale necessaria per effettuare il riconoscimento, per esempio perché in coma, e successivamente muoia senza averla riacquisita<sup>41</sup>. In tal caso per costituire il rapporto di filiazione materna sarebbe necessaria una successiva dichiarazione giudiziale di maternità.

La sua costituzione è il passaggio essenziale affinché sorga il rapporto di parentela con gli altri componenti della famiglia materna del neonato, in particolare con nonni o zii. La formazione di tale rapporto è decisiva per l'indirizzo che prenderà la vita del figlio: se il padre non lo riconosce, infatti, invece di essere avviato all'adozione in quanto legalmente figlio di ignoti, potrebbe – se ciò corrisponde al suo miglior interesse – essere allevato dai parenti stretti in sostituzione della madre, o in collaborazione con lei se rimasta affetta da gravi disabilità in seguito al parto. A questo modo sarebbe garantita la sua permanenza nella famiglia d'origine, come richiede in generale la giurisprudenza della CtEDU, e gli sarebbe evitato il rischio di un grave pregiudizio.

Credo si possa ben affermare, in conclusione, che l'attribuzione di diritto della maternità alla donna partorienti, fermo restando il suo diritto al parto anonimo, corrisponde al miglior interesse del minore, perché permette di mantenerlo all'interno della sua famiglia allargata e ne conserva così l'identità familiare.

Anche qui però il d. lgs. 154/2013 non ha purtroppo potuto affrontare il problema, poiché la delega (art. 2 l. 219/2012) non conteneva alcuna indicazione in proposito.

## 9. – È opinione diffusa che mantenere il tradizionale principio della presunzione

---

<sup>40</sup> A conferma dell'esistenza di questa possibilità, ricordo che in Francia la filiazione materna si stabilisce di diritto (art. 311-25 *code civ.*) e che ciononostante è ammesso il parto anonimo (art. 326 *code civ.*).

<sup>41</sup> Cfr. anche il caso, rocambolesco ma realmente accaduto, citato da MANTOVANI, *Questioni in tema di accertamento della maternità naturale e sistema dello stato civile*, in *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie*, a cura di FERRANDO e LAURINI, Atti dell'omonimo convegno (Genova, 2012), Ipsoa, 2013, 53.

## JUS CIVILE



di paternità del marito costituisca una ragionevole eccezione al principio di eguaglianza tra i figli. Tale differenza è infatti rimasta anche in molti altri paesi che hanno unificato lo stato di figlio in modo per tutto il resto completo.

Sul piano dei principi credo però che non sarebbe affatto peregrino far dipendere la presunzione di paternità dalla convivenza invece che dal matrimonio<sup>42</sup>.

Tuttavia allo stato attuale del nostro diritto e della sua concreta applicazione, sul piano pratico una simile regola presenterebbe gravi problemi di certezza del diritto, il che non è ammissibile per le questioni di stato. La nozione di convivenza è infatti imprecisa quanto alle sue caratteristiche e alla sua durata: neanche la legge 76/2016, che pur dichiara l'ambizione di dare la disciplina generale della materia, le definisce con precisione, ma si limita a stabilire che l'iscrizione anagrafica ne costituisce prova (c. 37°). A ciò si aggiunga che il diritto italiano contiene un'ampia pluralità di nozioni di convivenza, diverse tra loro, che non è possibile ricondurre all'unità per via interpretativa<sup>43</sup>. E vi si aggiunga pure che il controllo dell'autorità amministrativa sulla residenza anagrafica è nei fatti alquanto deficitario.

La riforma stabilisce che la presunzione di paternità scatta per il figlio «nato o concepito» durante il matrimonio. La formula non ha alcun portato innovativo, poiché già da tempo era indubbio che scattasse anche per il figlio nato nei primi 180 giorni successivi alla celebrazione del matrimonio, quindi concepito prima di questo. La giurisprudenza era infatti costante nell'affermare che per disconoscerlo non era sufficiente allegare il fatto che era nato nei primi 180 giorni successivi al matrimonio, ma occorreva anche dare le prove richieste dal testo allora vigente dell'art. 235 c.c., allo stesso modo che per il figlio concepito nel matrimonio.

---

<sup>42</sup> La presunzione di paternità, *oggi*, non può più essere fondata sul dovere di fedeltà della moglie, come invece a volte ancora si legge in dottrina. Mentre in passato la sua fedeltà aveva il fine di garantire la discendenza dei figli dal marito, oggi ha assunto un ruolo diverso. Anzitutto non distingue più tra marito e moglie, ma lega entrambi allo stesso modo. Inoltre, e soprattutto, non è limitata al dovere di astensione da rapporti sessuali con terzi, ma ha un significato al tempo stesso più ampio e meno rigido: esprime una caratteristica fondamentale del rapporto che lega una coppia convivente secondo il comune sentire di oggi, cioè la più completa intimità di vita fra le due persone, un'intimità emotiva e affettiva connotata dalla massima lealtà e sincerità reciproca; l'intimità sessuale ne è soltanto uno degli aspetti, seppur basilare. Per ciascun componente della coppia l'altro è, o dovrebbe essere, il riferimento esistenziale fondamentale, che la tradizione culturale europea prescrive sia esclusivo, finché la coppia resta unita, in nome del principio monogamico.

<sup>43</sup> Per quanto riguarda la durata, ha tentato di farlo la Corte di cassazione a sezioni unite con la decisione (alquanto creativa!) 16379/2014 in tema di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: la convivenza dovrebbe essere considerata *stabile* – e quindi impedire la delibazione, a tutela del matrimonio-rapporto – se si è protratta per almeno tre anni.



**10.** – La prima comparsa del riferimento al miglior interesse del minore nelle norme sulla formazione del rapporto di filiazione data dal 1975: riguardava il riconoscimento tardivo dei figli naturali, mentre nulla di simile è mai stato previsto per i figli legittimi. Alla sua base vi era l'idea secondo la quale il figlio nato fuori dal matrimonio vivrebbe in condizioni deteriori sul piano sociale, quanto meno in caso di riconoscimento tardivo cui l'altro genitore non consente: avere un solo genitore che si occupa effettivamente di lui lo renderebbe meritevole di una speciale attenzione da parte del giudice, di carattere paternalistico.

Com'è noto, il riconoscimento tardivo del figlio infraquattordicenne (infrasedicenne prima del 2012) necessita del consenso del genitore che lo ha riconosciuto per primo; altrimenti è invalido. Questi può negarlo solo se ciò corrisponde al miglior interesse del minore. In caso di conflitto fra i genitori, può essere richiesto l'intervento del giudice: oggetto del suo accertamento non è tanto se il secondo riconoscimento sia conforme all'interesse quel determinato minore, né tanto meno dei minori in generale, quanto invece il suo opposto, se sia contrario all'interesse di quel determinato minore. Solo in questo caso l'autorizzazione può essere negata. L'onere di provare tale contrarietà grava dunque principalmente sul genitore che vi si oppone.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato da tempo, l'autorizzazione può essere negata solo in casi davvero eccezionali: qualora il padre tenga comportamenti che ne giustificherebbero la decadenza dalla responsabilità genitoriale; oppure il rischio di sconvolgere gli equilibri di vita del minore sia talmente forte, da rischiare di recargli un pregiudizio gravissimo<sup>44</sup>; oppure qualora il minore stesso, purché sufficientemente maturo e consapevole (dunque non solo capace di discernimento), rifiuti qualsiasi rapporto con il padre che vorrebbe riconoscerlo<sup>45</sup>.

Il d.lgs. 154 – molto opportunamente, visto l'orientamento giurisprudenziale suddetto – ha capovolto la regola previgente sull'iniziativa di adire il giudice per accer-

---

<sup>44</sup> Nel principio di diritto affermato da Cass. 4/2008 (§ 3.3 della sentenza), si legge che il secondo riconoscimento va escluso solo «in presenza di gravi e irreversibili motivi che inducano a ravvisare la forte probabilità di una compromissione dello sviluppo del minore, e in particolare della sua salute psico-fisica».

<sup>45</sup> Questo principio va emergendo anche nella giurisprudenza sulle controversie riguardanti l'azione di disconoscimento esercitata dal curatore speciale (nominato su pressione del preteso padre biologico), quando l'intera famiglia è unita nell'opporvisi: in tempo recenti la Corte suprema ha ritenuto in qualche caso (cfr., per esempio, Cass. 7762/2017) che l'interesse del minore, che permette la nomina del curatore, debba permanere anche nella fase del giudizio di disconoscimento; pertanto se il minore, purché abbastanza maturo e consapevole, dichiara che intende mantenere il rapporto con il padre legale (e questi è d'accordo) e non avere alcun rapporto con il preteso padre biologico, la legittimazione attiva del curatore viene meno e l'azione deve quindi essere respinta.



tare se il secondo riconoscimento corrisponde al miglior interesse del figlio minore: oggi grava sul genitore che rifiuta il consenso (art. 250, c. 4°, cod. civ.), quasi a confermare l'idea che la cosiddetta *normalità* consista nel fatto che questo è conforme al suo miglior interesse.

In caso, dunque, la costituzione del rapporto potrebbe essere impedita in nome del miglior interesse del minore, considerato in quanto tale, ponendo così un limite al principio di verità biologica. Ma non solo: impedirla limiterebbe anche il diritto del figlio, considerato in quanto tale e non in quanto minorenni, di conoscere la sua identità genetica e di avere uno stato giuridico che le corrisponda, identità alla cui formazione concorre il rapporto con entrambi i genitori<sup>46</sup>. Impedirla sacrificerebbe poi anche l'interesse del figlio ad avere aspettative più ampie, cioè nei confronti di entrambi i genitori, sia sul piano esistenziale (educazione, istruzione e assistenza morale e materiale), sia su quello economico (mantenimento, successione a causa di morte). Infine, con riguardo però al solo riconoscimento tardivo, porrebbe un limite al diritto del genitore di costituire il rapporto: l'orientamento costante della giurisprudenza della CtEDU, infatti, non permette più dubitare che questo diritto esista e che rientri nel novero dei diritti fondamentali della persona.

Analoga eccezione al principio di verità nasce dalla sentenza C. cost. 341/1990<sup>47</sup>: il giudice deve accertare se corrisponde al miglior interesse del minore che la madre, la quale ha riconosciuto il figlio ed esercita la responsabilità parentale, chieda la dichiarazione giudiziale di paternità. La prassi giurisprudenziale in materia giudica che l'esercizio dell'azione è giudicato pressoché sempre conforme al miglior interesse del minore, rendendo tale accertamento nei fatti inutile<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup>Nella giurisprudenza il riferimento esplicito all'identità personale è una novità dell'ultimo decennio: cfr. per esempio il principio di diritto che si legge nella citata Cass. 4/2008 (§ 3.3 della sentenza). Nell'enunciazione stessa di questo principio di diritto traspare una sovrapposizione non chiarita tra interessi (e diritti) del minore in quanto tale e interessi (e diritti) del figlio in quanto tale.

<sup>47</sup>È affermazione ricorrente che questa sentenza avrebbe istituito un parallelismo, prima assente, tra dichiarazione giudiziale e riconoscimento, quanto alla possibilità di valutare il miglior interesse del minore. A mio avviso le cose stanno proprio all'opposto: prima il parallelismo esisteva e la sentenza lo ha cancellato. Nel caso del riconoscimento tardivo, infatti, il genitore che ha riconosciuto per primo (di solito la madre) esprime la sua scelta a che il figlio abbia due genitori legali dando il proprio consenso: questo è di per sé sufficiente e non lascia spazio affinché ne sia valutata la conformità al miglior interesse del minore. Nel caso della dichiarazione giudiziale tale genitore esprime la medesima scelta, ma in un modo diverso, cioè esercitando l'azione in giudizio: questo però non è di per sé sufficiente e dev'essere integrato dalla valutazione suddetta. Nel primo caso la scelta del genitore che ha riconosciuto per primo non è sindacabile dall'autorità giudiziaria, mentre nel secondo caso lo è: la differenza è evidente e, a mio modo di vedere, ingiustificata.

<sup>48</sup>L'accertamento doveva aver luogo nella fase di ammissibilità (art. 274 c.c., allora vigente), l'unica



11. – Il d.lgs. 154 non ha rimediato al problema che deriva dal tenore letterale dell'art. 232 c. 2° c.c. Secondo la sua lettera, a venir meno è la presunzione di concepimento nel matrimonio, con la conseguenza che il figlio concepito da due coniugi legalmente separati risulterebbe concepito fuori dal matrimonio e sarebbe necessario il riconoscimento per acquistare lo stato di loro figlio. Secondo l'interpretazione anti-letterale comunemente accolta, invece, a venir meno è la presunzione di paternità, con la conseguenza che il figlio concepito in quelle circostanze è pur sempre concepito nel matrimonio. Va però detto che l'unificazione degli effetti tra filiazione matrimoniale e non matrimoniale toglie al problema dell'interpretazione della norma gran parte della sua rilevanza<sup>49</sup>.

La donna sposata ha la facoltà di indicare, al momento della formazione dell'atto di nascita, che il figlio è stato concepito al di fuori del matrimonio, cioè con un uomo diverso dal marito: per conseguenza non scatta la presunzione di paternità e si forma lo stato di figlio riconosciuto dalla madre; a questo modo il padre biologico può riconoscerlo, contestualmente o in seguito, nel silenzio della madre, si forma l'atto di nascita di figlio matrimoniale e il padre biologico potrebbe riconoscerlo solo dopo l'eventuale disconoscimento<sup>50</sup>.

Al momento della dichiarazione di nascita, dunque, la condizione del padre biologico è interamente posta nelle mani della madre: certo, se questa dichiara il falso commette il reato di alterazione di stato, ma nel frattempo l'atto di nascita si è formato e per modificarlo sarà necessario esercitare un'azione di stato.

Credo sarebbe meglio ridisciplinare la materia, magari ispirandosi al sistema tedesco (§ 1600, *abs.* 1° n. 2 e *abs.* 2°, *BGB*)<sup>51</sup>, il quale prevede che il supposto padre bio-

---

rimasta veramente conflittuale una volta divenuto normale il ricorso alle prove genetiche: è qui che il convenuto concentrava le sue difese nella speranza di non giungere alla successiva fase di merito, essendo spesso consapevole che la prova dei marcatori del DNA, inammissibile nella fase preliminare, l'avrebbe condannato. Una volta finalmente e opportunamente dichiarata incostituzionale tale fase (C. cost. 50/2006), l'accertamento della conformità al miglior interesse del minore, ricollocato nella fase di merito, ha perso nei fatti quasi tutta la sua importanza, avendo luogo insieme con la prova genetica.

<sup>49</sup> Resta però comunque il fatto che lo stato di figlio matrimoniale è più *solido* di quello di figlio non matrimoniale: rinvio sul punto a quanto osservato nel § 1®.

<sup>50</sup> Il fatto stesso che negli ultimi anni si siano fatti più frequenti i casi di disconoscimento richiesto dal curatore speciale (art. 244 c. 6° c.c.), su pressione del supposto padre biologico – cui la famiglia matrimoniale resiste in piena unità d'intenti – indica che il problema dell'inadeguatezza della normativa, che esclude del tutto la sua legittimazione attiva, ormai esiste e che dovrebbe essere affrontato dal legislatore. Il d.lgs. 154 non ha potuto occuparsene, poiché la delega dell'art. 2 l. 219 taceva in proposito.

<sup>51</sup> Così riformato in ottemperanza alla sentenza del *BVG* del 9 aprile 2003.

## JUS CIVILE



logico possa impugnare la paternità del marito della madre, attribuita di diritto al nato, in presenza delle seguenti circostanze: che non si sia instaurato alcun rapporto sociale e familiare tra il nato e il padre legale, che il padre biologico giuri di aver avuto rapporti sessuali con la madre nel periodo del concepimento e che dimostri la propria paternità genetica.

In presenza di queste circostanze di fatto, secondo il diritto italiano la paternità del marito è di solito esclusa fin dal momento della formazione dell'atto di nascita, grazie alla dichiarazione resa dalla madre: nei fatti è quindi probabile che nella gran maggioranza dei casi non cambierebbe nulla. Ma in questo modo, almeno, la possibilità del padre biologico di far valere il suo diritto non sarebbe subordinata alla dichiarazione della madre, com'è invece oggi.

**12.** – Il nuovo art. 251 c.c. riscrive la disciplina del riconoscimento del figlio nato da una relazione incestuosa.

Anzitutto è bene ricordare che prima della riforma il riconoscimento di questi figli riusciva nei fatti a essere compiuto da parte di un solo genitore, seppure illegittimamente. La condizione di *incestuoso* deriva infatti dal rapporto esistente fra i due genitori, rapporto che ha ben poche possibilità pratiche di emergere al momento del primo riconoscimento, in base al quale si forma l'atto di nascita. Certo, nei moduli di stato civile in uso il genitore che effettua il riconoscimento deve dichiarare che la nascita non deriva da una relazione incestuosa: ma nei fatti per l'ufficiale di stato civile è pressoché impossibile controllare, nel momento in cui la riceve, se tale dichiarazione è veridica. Comunque sia in questi casi il riconoscimento contiene una falsa dichiarazione, sicché può integrare il reato di alterazione di stato (art. 567 c. 2° c.p.).

Il riconoscimento – si legge nell'art. 251 c.c. – dev'essere autorizzato dal giudice, il quale decide «avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio». Va sottolineato che l'interesse menzionato dalla norma è quello del *figlio*, non quello del *minore*: ciò sembra porre in primo piano non tanto il diritto del minore a essere curato e assistito dai suoi genitori, quanto il diritto del figlio alla propria identità personale. Inoltre la nuova norma sopprime il riferimento alla buona fede dei genitori, contenuto nella norma previgente, che credo potesse avere cittadinanza solo nella trama di un romanzo ottocentesco, e non di prima qualità.

L'art. 251 c. 1° c.c. sembra avere due presupposti impliciti opposti. Da un lato,



per il modo in cui è scritto sembra riferirsi al riconoscimento che si effettua per formare l'atto di nascita di un figlio neonato, dunque fatto dai due genitori il cui rapporto di parentela o di affinità è inevitabile che venga così subito a emergere<sup>52</sup>. Dall'altro lato, menzionando l'interesse del *figlio*, sembra invece alludere piuttosto a una persona che abbia un'età tale da poterle riconoscere un'identità personale sufficientemente formata. Comunque sia, la norma sembra presentarsi come generale, da applicare al riconoscimento del figlio di qualunque età e in qualunque caso, anche se già dispone di un atto di nascita come figlio d'ignoti o come figlio già riconosciuto da un genitore, previa falsa dichiarazione di non essere legato da rapporti di parentela o di affinità con l'altro genitore.

Da questo carattere di apparente generalità nascono due domande: l'autorizzazione giudiziale, indiscutibilmente necessaria se il figlio ha meno di 14 anni, è richiesta anche se ha un'età compresa tra i 14 e i 18 anni? E anche se è maggiorenne?

L'art. 251 c. 2° c.c., come modificato dal d.lgs. 154, precisa che il riconoscimento del minore dev'essere autorizzato dal giudice: precisazione inutile, sembrerebbe, perché ripete in sintesi quanto stabilito dal c. 1° sull'autorizzazione; e poi la norma generale che ripartisce le competenze fra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni è contenuta nell'art. 38 c. 1° disp. att. c.c.<sup>53</sup>.

Il testo dell'art. 251 c. 2° c.c. è stato modificato dal d.lgs. 154 rispetto al testo contenuto nell'art. 1 l. 219: la menzione del *tribunale per i minorenni* è stata sostituita con la menzione generica del *giudice*<sup>54</sup>. Finché il testo di legge è rimasto quello introdotto dalla l. 219 mi sembra che la regola, pur espressa in modo implicito e non del tutto sicuro, fosse la seguente: la necessità dell'autorizzazione ha carattere generale, sicché il riconoscimento deve sempre essere autorizzato dal giudice; se il figlio è minorenni, questo giudice è il tribunale per i minorenni; altrimenti sembra sottinteso che sia il tribunale ordinario; nulla dice sul figlio di età compresa tra 14 e 18 anni.

Se si vuol dare un qualche valore al testo dell'art. 251 c. 2°, come modificato dal d.lgs. 154, e non leggerlo come una semplice e inutile ripetizione di altre norme, mi

---

<sup>52</sup> Mi sembra improbabile che questo caso ricorra spesso: è infatti facile prevedere che il gruppo familiare in cui nasce un figlio incestuoso sia quanto meno moralmente inadatto a crescere un bambino e che la conseguenza più frequente sia l'immediato allontanamento del figlio, in vista della sua adozione.

<sup>53</sup> Sulla riforma dell'art. 251 cfr. le condivisibili e severe critiche di BASINI, "*Braut und Schwester bist du dem Bruder – so blühe denn, Wälsungen-Blut!*". *Considerazioni critiche riguardo alla rinnovata disciplina sul riconoscimento dei figli, così detti, "incestuosi"*, in *Fam. dir.*, 2015, 62.

<sup>54</sup> Inoltre il testo dell'art. 38 disp. att. c.c. contenuto della l. 219 taceva sulla competenza per l'autorizzazione di cui all'art. 251 c. 1° c.c.

# JUS CIVILE



sembra che vi si possa scorgere una regola nuova, diversa: l'autorizzazione del giudice, disciplinata in generale dal c. 1°, è limitata per effetto del c. 2° al minorenni.

Il tenore letterale della norma non si oppone affatto a una simile lettura. Ed è questa, a mio avviso, l'interpretazione più ragionevole e quella più coerente sul piano sistematico. L'opinione pressoché unanime della dottrina, invece, ritiene che l'autorizzazione giudiziale sia sempre necessaria, anche per il maggiorenne; tuttavia con quasi altrettanta unanimità critica questa regola con severità.

Mi sembra inconcepibile attribuire al giudice il compito di valutare che cosa sia nell'interesse di una persona maggiorenne e capace d'intendere e di volere<sup>55</sup>: ammettere che il giudice possa decidere diversamente dall'eventuale opinione che questa stessa persona avesse – e ciò *nel suo interesse!* – mi sembra una forma assurda di paternalismo e un'offesa alla sua autodeterminazione e quindi, in generale, alla sua personalità<sup>56</sup>. Per di più, un limite di tale portata all'autodeterminazione di un maggiorenne credo dovrebbe risultare, come minimo, da una norma inequivoca ed esplicita; la quale qui manca.

Se si guarda alla giurisprudenza della CtEDU, la formazione del rapporto giuridico di filiazione, di cui la tutela dell'identità personale è parte integrante, quando corrisponde alla verità biologica non può essere limitata per cause diverse da quelle elencate dall'art. 8 c. 2° CEDU, in primo luogo per la protezione dei diritti e delle libertà *altrui*: fra queste non rientra la protezione dell'interesse della persona stessa nella cui vita privata si registra l'ingerenza, purché sia maggiorenne e capace. Né mi sembra che l'ingerenza possa essere giustificata in nome dei principi della morale, pur menzionati nell'art. 8 c. 2° CEDU: il nuovo art. 251 c.c. precisa che si deve avere riguardo all'interesse del figlio, non alla moralità generale della società.

La norma, se interpretata nel senso di imporre l'autorizzazione giudiziale anche se il figlio è maggiorenne, mi sembra in pieno conflitto con i principi costituzionali e soprattutto con quelli della CEDU. Pertanto, per evitare una probabile dichiarazione di illegittimità costituzionale<sup>57</sup>, la norma dovrebbe essere interpretata in modo costi-

---

<sup>55</sup> LISELLA, *Dichiarazione giudiziale di maternità e di paternità di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice*, in *Fam. dir.*, 2104, 846, ben consapevole di questa obiezione, propone di ridurre in tali casi il controllo giudiziale a un semplice accertamento della volontà del figlio: così inteso, sarebbe solo una pratica burocratica del tutto inutile.

<sup>56</sup> Ma non è l'unica offesa di questo genere: lo è anche la previsione dell'autorizzazione del tribunale per i minorenni per la ricerca delle origini dell'adottato maggiorenne (art. 28 l. 184), offesa tanto più grave se ha già compiuto i 25 anni.

<sup>57</sup> L'illegittimità costituzionale della norma è argomentata in modo persuasivo da STEFANELLI, *Gradi di*

## JUS CIVILE



tuzionalmente e convenzionalmente orientato. E sottolineo – come scritto poco sopra – che il tenore letterale dell’art. 251 c. 2° lo consente.

Aggiungo poi che il riconoscimento all’interessato della piena autodeterminazione è già stato enunciato come principio generale immanente nel sistema da C. cost. 494/2002, in un tempo in cui la riconoscibilità del figlio incestuoso era molto più ristretta: la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale su richiesta dei figli, che nel caso di specie erano ormai adulti da tempo, è ammessa anche se sono nati da un rapporto incestuoso, senza necessità di alcun controllo giudiziale su quanto appaia più opportuno nel loro interesse.

Per coerenza logica e sistematica, il controllo del giudice oggi previsto dall’art. 278 c.c. non può che riferirsi unicamente al caso del figlio minore. Inoltre se ha compiuto 14 anni è necessario anche che dia il consenso all’esercizio dell’azione da parte del genitore (art. 276 c. 2° c.c.).

Quanto al caso del figlio di età compresa fra i 14 e i 18 anni, mi sembra decisivo il fatto che l’art. 250 c. 2° c.c. richiede il suo assenso affinché il riconoscimento tardivo sia efficace, assenso ch’egli è interamente libero di dare o rifiutare: sul punto dell’assenso al riconoscimento egli è dunque trattato alla stessa stregua di un maggiorenne; in altre parole, limitatamente a questo atto gli è attribuita la capacità di agire di un maggiorenne. Non vedo ragioni plausibili per le quali questa regola non dovrebbe essere applicata anche al riconoscimento di cui all’art. 251: solo in tal modo il sistema presenta la necessaria coerenza logica.

---

*accertamento e titoli costitutivi*, in *La filiazione e i minori*, a cura di SASSI, SCAGLIONE, STEFANELLI, nel *Trattato Sacco di diritto civile*, Utet, 2018, 270.



*SALVATORE MONTICELLI*

*Professore ordinario di Diritto privato – Università di Foggia*

## **SULLA NATURA “EQUIVOCA” DELLA NULLITÀ DEGLI ATTI TRASLATIVI DI IMMOBILI ABUSIVI \***

*SOMMARIO: 1. I termini della quaestio nullitatis rimessi alla interpretazione nomofilattica delle Sezioni Unite. – 2. Le tesi della natura solo “formale/documentale”, e testuale, o anche “sostanziale”, ma virtuale, delle nullità espresse dagli art. 17 e 40 l. 47/85 nonché dall’art. 46 t.u. in materia edilizia. – 3. Verifica e confutazione degli argomenti a sostegno della natura anche “sostanziale” delle nullità in questione. – 4. Segue: la quaestio dell’incidenza delle carenze sostanziali della conformità edilizia sulla validità dell’atto conforme alle prescrizioni formali: analisi e confutazione. – 5. La ulteriore tesi della sussistenza di una nullità formale che presuppone la necessaria corrispondenza del requisito sostanziale al dato dichiarato; analisi e confutazione. – 6. La rilevanza, sotto il profilo interpretativo, di un equo bilanciamento degli interessi coinvolti nella esclusione della ricorrenza di una nullità “sostanziale”. – 7. Nullità “sostanziale” e conseguente incertezza operativa: rilievi conclusivi.*

1. – L’ordinanza interlocutoria n. 20061/18, del 9 gennaio 2018, della Seconda Sezione Civile della Corte di Cassazione, di remissione degli atti alle Sezioni Unite, affronta la tematica della nullità del contratto traslativo di diritti reali immobiliari per violazione delle norme in materia urbanistica ed edilizia con riferimento a quanto disposto dall’art. 46 T.U. in materia edilizia di cui al DPR. 6 giugno 2001 n. 380 e dagli artt. 17, e 40, comma 2, della Legge 28 febbraio 1985, n. 47.

Segnatamente il Collegio remittente sottopone al vaglio delle SS.UU., in via prioritaria, la controversa questione della natura “formale” o “sostanziale” della nullità contemplata nelle predette disposizioni, questione che, come si riferisce, ve-

---

\* Lo scritto riproduce, con talune aggiunte e le note, il testo della relazione svolta al Convegno di Studi presso la Corte Suprema di Cassazione, in data 22 gennaio 2019, sul tema “*Questioni di Diritto Civile all’esame delle Sezioni Unite. La disciplina urbanistica e le declinazioni delle nullità: nullità formali, sostanziali e testuali*”.

# JUS CIVILE



de la giurisprudenza tanto di merito quanto di legittimità non univocamente orientata.

Nel riportare i termini del contrasto giurisprudenziale, il Collegio remittente premette che la previsione della nullità degli atti relativi a costruzioni abusive venne introdotta nell'ordinamento dalla legge n. 10/1977 (c.d. legge Bucalossi). La norma, all'art. 15, comma 7, (poi abrogato dall'art. 2 della l. 47/85) così recitava: “gli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione sono nulli ove da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza della concessione”; già precedentemente, peraltro, la sanzione della nullità era stata prevista dalla legge n.

765/1967 (cd. “legge ponte”), all'articolo 10, per gli atti di compravendita di terreni abusivamente lottizzati”.

Con la successiva legge n. 47 del 1985 (c.d. legge sul condono edilizio) il legislatore ha previsto, all'art. 17, che “Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo l'entrata in vigore della presente legge, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della concessione ad edificare o della concessione in sanatoria rilasciata ai sensi dell'articolo 13. Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù.” e, successivamente, ha altresì disposto che “Se la mancata indicazione in atto degli estremi non sia dipesa dalla insussistenza della concessione al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati, essi possono essere confermati anche da una sola delle parti mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga la menzione omessa”.

All'art. 40 della legge in questione, ulteriormente si specifica che: “Gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali, esclusi quelli di costituzione, modificazione ed estinzione di diritti di garanzia o di servitù, relativi ad edifici o loro parti, sono nulli e non possono essere rogati se da essi non risultano, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria ai sensi dell'articolo 31 ovvero se agli atti stessi non viene allegata la copia per il richiedente della relativa domanda, munita degli estremi dell'avvenuta presentazione, ovvero copia autentica di uno degli esemplari della domanda medesima, munita degli estremi dell'avvenuta presentazione e non siano indicati gli estremi dell'avvenuto versamento delle prime due rate dell'obla-

# JUS CIVILE



zione di cui al sesto comma dell'articolo 35. Per le opere iniziate anteriormente al 1° settembre 1967, in luogo degli estremi della licenza edilizia può essere prodotta una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, rilasciata dal proprietario o altro avente titolo, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 4 della legge 4 gennaio 1968, n. 15, attestante che l'opera risulti iniziata in data anteriore al 1° settembre 1967".

Si intende fin d'ora sottolineare che il tenore di tutte le disposizioni di cui innanzi consegna all'interprete un **quadro equivoco**, ove le finalità di contrasto all'abusivismo edilizio, pur dichiarate nei lavori preparatori delle varie norme richiamate, appaiono non adeguatamente sorrette dalla lettera dell'impianto normativo che, nelle prescrizioni adottate, sembra anzi privilegiare profili diversi da quelli della tutela dell'interesse pubblico ad impedire, sempre e comunque, la circolazione giuridica di cespiti immobiliari abusivi.

Quanto innanzi, come si cercherà di dimostrare, comporta la conseguenza di sminuire la funzione, riservata al diritto civile, d'incidenza in via diretta sul risultato, sul momento terminale, della condotta antigiuridica dell'autore dell'opera abusiva.

Come si è efficacemente sottolineato<sup>1</sup>, infatti, "il soggetto dedito all'abusivismo per fini speculatori – ... – mira a lottizzare o a costruire *contra legem* nell'intento d'immettere successivamente nel commercio giuridico i singoli lotti di terreno o gli edifici, posto che proprio nella previsione delle successive alienazioni di tali beni egli trae lo stimolo economico, rispettivamente, a lottizzare o a costruire".

Al diritto civile, segnatamente, ove fosse stata prevista, attraverso la comminatoria *secca* della nullità degli atti traslativi di cespiti abusivi, o se si vuole attraverso la dichiarata incommerciabilità di essi, sarebbe stata demandata, dunque, la soluzione idonea a far venir meno l'interesse economico che funge da motore al fenomeno dell'abusivismo.

L'impianto normativo apprestato dal legislatore non sembra, però, rispondente alla declinata finalità, ed infatti la pur prevista sanzione civilistica della nullità è sempre accompagnata da condizionamenti all'operatività che ne fanno dipendere, se non annichiliscono, l'effettività, alimentando, di conseguenza, l'incertezza degli interpreti dibattuti, fin dai primi commenti alla disciplina in oggetto, tra una lettura in chiave strettamente rispettosa della lettera delle disposizioni e, all'opposto, una lettura che consenta di piegare le stesse, al di là dell'enunciato testuale, alla finalità di efficace contrasto all'abusivismo edilizio.

---

<sup>1</sup> C. Donisi, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1986, 11.



In questa dicotomia interpretativa si incentra il contrasto giurisprudenziale cui le Sezioni unite sono chiamate a dare risoluzione e risposte.

E così, riassumendo i termini del dibattito, si fronteggiano due diverse chiavi di lettura delle disposizioni di cui agli artt. 17 e 40, comma 2, della l. n. 47/85: precisamente una teoria c.d. della nullità formale e/o documentale, seguita dalla giurisprudenza più risalente della Cassazione<sup>2</sup> e da parte della dottrina<sup>3</sup>, secondo la quale dato euristico preminente, nell'interpretazione della norma, va attribuito al dato letterale e, quindi, al requisito formale che, se rispettato, esclude l'operatività della nullità del contratto. E pertanto, è ritenuta sufficiente ad escludere l'effetto dirimente la menzione in atto della avvenuta costruzione in data anteriore al 1 settembre 1967 o degli estremi del provvedimento autorizzativo e ciò indipendentemente dalla circostanza che la costruzione sia avvenuta effettivamente in data anteriore al 1 settembre 1967 o in base a regolare provvedimento autorizzativo. In altri termini, secondo questa impostazione, si è ritenuto che la presenza in atto di detta menzione **sia di per sé sufficiente** ad assicurarne la validità, anche se, per avventura, tale menzione non fosse veritiera, non corrispondendo ad essa una conforme realtà fattuale o giuridica.

In sostanza l'atto è e rimane valido per il solo fatto che sia osservato il requisito formale, ossia vi siano menzionati un provvedimento autorizzativo o la avvenuta costruzione anteriormente al 1 settembre 1967 anche se si tratta di dichiarazione falsa ed anche se il provvedimento citato non esiste o l'edificio è stato costruito dopo il 1967 in assenza di provvedimento autorizzativo o in difformità di esso<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup>La giurisprudenza precedente all'ottobre 2013 era pressoché unanime nel ritenere «che, pur ritenendo interessante la tesi della c.d. nullità sostanziale, i canoni normativi dell'interpretazione della legge non consentono di attribuire al testo normativo un significato che prescinda o superi le espressioni formali in cui si articola (...) e non può non essere considerato il fatto che i casi di nullità previsti dalla norma indicata sono tassativi e non estensibili per analogia e la nullità prevista dall'art. 40 cit. è costituita unicamente dalla mancata indicazione degli estremi della licenza edilizia, ovvero dell'inizio della costruzione prima del 1967»: cfr. Cass., 5/7/2013, n. 16876, in *Mass. Giust. civ.*, 2013. Analogamente, si sono espresse altresì: Cass., 5/4/2001, n. 5068, in *Mass. Giust. civ.*, 2001; Cass., 7/12/2005, n. 26970, *ivi*, 2006; Cass., 18/9/2009, n. 20258, in *Giust. civ.*, 2010, I, 335, *Vita not.*, 2010, 265, *Riv. giur. edil.*, 2010, 128; Cass., 2/9/2011, n. 18039, in *Giur. civ.*, 2012, I, 1537.

<sup>3</sup>Malagutti, *La validità degli atti di disposizione di fabbricati alla luce della L. 28 febbraio 1985, n. 47*, in *Riv. notar.*, 1986, 431 ss.; Baralis-Ferrero-Podetti, *Prime considerazioni sulla commerciabilità degli immobili dopo la l. 28 febbraio 1985, n. 47*, *ivi*, 1985, 538; A. Morello, *La circolazione dei beni immobili e l'attività del notaio*, in *Corr. giur.*, 1985, 1159; P. Putti, *Contrattazione preliminare e sistema di invalidità negoziale*, in *I contratti*, 2002, 229; G. Santarcangelo, *Condominio edilizio. Formalità e nullità degli atti tra vivi*, Giuffrè, 1991, 131 ss.; P. Zanelli, *Il condono edilizio: vecchie e nuove nullità*, in *Contr. e impr.*, 1995, 1236 ss., *Id.*, *Commento all'art. 40 della legge n. 47/1985*, in *NLCC*, 1985, 1238;

<sup>4</sup>Sul punto, sia pure con considerazioni critiche, G. Rizzi, *La nullità degli atti negoziali per violazione del-*



A tale impostazione ha fatto seguito un diverso orientamento, che diremo sostanzialista, maturato nella giurisprudenza della Cassazione nel 2013, con le sentenze gemelle della II sezione, nn. 23591 e 28194, decise nella medesima udienza del 18.6.2013.

Secondo la Corte l'articolo 40 della l. 47/85 esprimerebbe, nel suo dettato certamente non limpido, il «principio generale della nullità (di carattere sostanziale) degli atti di trasferimento di immobili non in regola con la normativa urbanistica, cui si aggiunge una nullità (di carattere formale) per gli atti di trasferimento di immobili in regola con la normativa urbanistica o per i quali è in corso la regolarizzazione, ove tali circostanze non risultino dagli atti stessi». Tale prospettiva interpretativa trarrebbe fondamento nella clausola di salvaguardia o, se si preferisce, di “sanatoria” della nullità, contenuta nello stesso articolo 40, comma 3, l. 47/85. La norma, infatti, prevede la possibilità che l'atto nullo venga confermato mediante un atto successivo contenente le menzioni omesse, ma solo nell'ipotesi in cui la mancanza delle dichiarazioni non sia dipesa dall'insussistenza della licenza o della concessione o dell'inesistenza della domanda di concessione in sanatoria al tempo dello stipula del contratto.

All'attenzione delle Sezioni unite l'ordinanza interlocutoria, in ragione del caso oggetto di controversia, devolve preliminarmente la questione circa il fondamento o meno dell'affermata natura “sostanziale” della nullità in questione con la precisazione che “tale orientamento, in sostanza, riconduce la nullità urbanistica al disposto del primo comma dell'art. 1418 c.c., ossia nell'ambito delle nullità c.d. “virtuali”, laddove l'orientamento precedente considerava tale nullità come una nullità “testuale” ai sensi dell'ultimo comma del medesimo articolo 1418 c.c.”.

Così delineati i confini del quesito, si può svolgere qualche considerazione in proposito.

## 2. – La tesi c.d. sostanzialista, direi prevalente in dottrina<sup>5</sup> e seguita, come si è

---

*le norme in materia urbanistica ed edilizia*, in *Federnotizie* del 2 agosto 2018 <https://www.federnotizie.it/la-nullita-degli-atti-negoziali-per-violazione-delle-norme-in-materia-urbanistica-ed-edilizia>

<sup>5</sup> Cfr., sia pure con argomentazioni non univoche, G. Alpa, *Commento all'art. 17 della legge n.47/1985*, cit., 1086; S. Cardarelli, *La legge 28 febbraio 1985, n. 47, nei suoi riflessi sull'attività notarile*, in *Riv. notar.*, 1986, 287 ss.; A. Cataudella, *Nullità formali e nullità sostanziali nella normativa sul condono edilizio*, in *Quadrimestre*, 1986, 497 ss.; L. Giacobbe, *Per una verifica teorico applicativa della legge 47/1985 sulla sanatoria edilizia: alla ricerca di un'identità*, in *Riv. notar.*, 1985, 285 ss.; A. Luminoso, *I nuovi regimi di circolazione giuridica degli edifici, dei terreni e degli spazi a parcheggio (prime impressioni sulla l. 28 feb-*



detto, solo dalla più recente giurisprudenza, trae, per lo più, sostegno essenzialmente da una argomentazione “a contrario”: ed infatti, desume che la norma esprima un principio generale della nullità (di carattere sostanziale) degli atti di trasferimento di immobili *non* in regola con la normativa urbanistica, non già da una enunciazione espressa in tal senso, bensì argomentando *a contrario* dalla constatazione che essa consente il recupero dell’atto nullo, attraverso una successiva dichiarazione di conferma, solo nel caso in cui l’immobile sia sostanzialmente in regola con la normativa urbanistica, seppur carente sotto il profilo della rappresentazione nel documento negoziale di tale sostanziale regolarità. Come a dire: poiché solo il trasferimento dell’immobile che è in regola con le norme urbanistiche è confermabile, laddove, invece, esso non sia in regola l’atto traslativo non è confermabile e, quindi, è vietato.

Di qui l’enunciato della coesistenza nell’art. 40, cit., di una nullità non espressa ma desumibile in via interpretativa e, perciò virtuale e non sanabile nonché di una nullità espressa, dunque testuale, ma eccezionalmente sanabile, sussistendo una previsione in tal senso. La *ratio* della norma, dunque, sarebbe ad un tempo quella, prioritaria, di sancire una sostanziale incommerciabilità degli immobili realmente abusivi e, nel contempo, ma sotto il profilo degli interessi in gioco, con valenza ridotta, di sancire l’obbligatorietà anche di un peculiare formalismo dell’atto, la cui mancanza è, però, *ex post* rimediabile.

**3.** – Il primo problema che si pone, dunque, è quello relativo alla verifica della sussistenza o meno, nel caso *de quo*, di una nullità virtuale, il che presume che sia acclarato sia che la negoziazione che abbia ad oggetto un immobile abusivo contrasti con una norma proibitivo/imperativa, sia, successivamente da punto di vista logico/interpretativo, che la legge non disponga altrimenti dalla nullità.

Ebbene, più argomenti, fanno dubitare che la norma in questione contenga la previsione di un divieto, di natura imperativa, concernente la circolazione e, dunque, la commerciabilità, sempre e comunque, degli immobili abusivi.

Anzitutto al riguardo una prima considerazione si impone: come è noto il disposto del comma 1, dell’art. 1418 c.c. enuncia un principio generale rivolto a disciplinare

---

braio 1985, n. 47), in *Quadrimestre*, 1985, 326 ss.; V. Mariconda, *I controlli del notaio in materia urbanistica*, in *Corr. Giur.*, 1985, 647, Id. *Nullità urbanistiche e disciplina generale del contratto nullo: le nullità relative ai terreni*, in *Corr. giur.*, 1987, 751 ss.; U. Salvestrone, *Incommerciabilità dei beni e autonomia negoziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 493 ss.

# JUS CIVILE



quei casi in cui alla violazione di precetti imperativi, contenuti in una norma proibitiva<sup>6</sup> o forse precettiva<sup>7</sup>, specie nella misura in cui questa sia convertibile in un divieto, non si accompagna la previsione espressa della nullità. Ma nel caso di specie l'ipotizzata nullità virtuale dovrebbe trarre fondamento in una disposizione proibitiva, di natura imperativa, **non esplicita**, giacché, come opportunamente rileva il Collegio remittente, si registra l'assenza di “*un solido riscontro nella lettera della legge*”; manca cioè qualsivoglia appiglio testuale da cui poter desumere la sussistenza non solo della nullità in questione ma anche di un divieto della stipulazione di atti traslativi di beni immobili abusivi.

In altri termini ci si troverebbe di fronte ad una nullità virtuale, desumibile da una norma proibitiva-imperativa **anch'essa virtuale**.

Si è sottolineato in dottrina<sup>8</sup>, proprio con riferimento alla disciplina che ci occupa, che “In materia di nullità l'art. 1418 comma 1° non ammette altro che previsioni testuali”.

Affermazione che va meglio specificata nel senso che non è ammissibile far discendere una nullità virtuale da un divieto **non esplicito o meglio criptico** quale sarebbe quello asseritamente desumibile dagli artt. 17 e 40, l. 47/85.

Nel contempo estendere la nullità al di là della previsione letterale di essa in mancanza del requisito formale della dichiarazione di cui ai citati articoli 17 e 40, l. 47/85, significa accedere «ad una interpretazione superletterale del disposto normativo – che richiede la menzione “per dichiarazione dell'alienante” della concessione, senza richiedere verifica, – per creare ex nihilo un nuovo disposto normativo che aggiunga una frase di questo tipo “nel presupposto della veridicità della dichiarazione stessa e della sua attinenza e rispondenza allo stato di fatto dei beni oggetto del contratto”»<sup>9</sup>.

Spostando poi il *focus* sull'interesse che tale supposta norma proibitivo-im-

---

<sup>6</sup> G.B. Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, 160, evidenzia: “Essendo principio fondamentale dell'ordinamento quello della libera autonomia contrattuale, e ponendosi le norme imperative ... come un limite funzionale, risulta evidente che esse non possono che consistere se non in un divieto: sono, cioè, necessariamente proibitive, non già precettive od ordinarie.”

<sup>7</sup> Sottolinea G. Mastropasqua, *Art. 1418, co.1. c.c.: La norma imperativa come norma inderogabile*, in *Jus Civile*, 2013, 12, 881, sulla scia di G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, 85, che è possibile convertire una norma precettiva (un comando di fare) in un divieto (inteso genericamente quale obbligo di non fare).

<sup>8</sup> P. Zanelli, *Il condono edilizio: vecchie e nuove nullità*, cit.

<sup>9</sup> P. Zanelli, *op. ult. cit.*

## JUS CIVILE



perativa dovrebbe tutelare, va rilevato che, come evidenziato tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, in generale, la nullità virtuale non consegue dalla violazione di qualsiasi norma imperativa ma solo dalla violazione di quelle norme imperative che riguardano l'aspetto funzionale del negozio: ossia da quelle norme imperative che, nell'esprimere un divieto alla conclusione di un determinato contratto, qualificano come non meritevole di tutela l'interesse concretamente perseguito dalle parti con una determinata negoziazione. Ebbene, a tal fine va considerato l'*incipit* tanto dell'art. 17 quanto dell'art. 40, della l. 47/85. Esso espressamente circoscrive l'operatività delle norme agli "atti tra vivi"; come si ebbe immediatamente ad osservare da tutti i commentatori della disciplina in questione, l'inequivoco dettato della legge esprime una chiara scelta del legislatore volta ad escludere l'operatività della norma, e, dunque, la nullità, successivamente prevista, a prescindere se sostanziale o formale, rispetto alle disposizioni testamentarie aventi ad oggetto edifici abusivi. Si che, come efficacemente si è osservato<sup>10</sup>, "il costruttore abusivo ben può disporre validamente per testamento del prodotto del reato da lui commesso a favore dei suoi eredi o legatari". Aggiungasi che il dato testuale delle norme in questione ne circoscrive ulteriormente l'operatività agli atti "aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali", risultando, perciò, esclusi e, dunque, pienamente validi, non potendo rientrare nella previsione proibitiva, tutti gli atti aventi per oggetto edifici abusivi produttivi di effetti solo obbligatori: si pensi, per tutti, ai contratti di locazione o di affitto concernenti edifici abusivi ed anche al contratto preliminare, comunque valido anche se carente delle menzioni in questione, fatta salva l'impossibilità della esecuzione in forma specifica<sup>11</sup> ove non sia prodotta,

---

<sup>10</sup> C. Donisi, *op. cit.*, p. 40.

<sup>11</sup> Cfr., condivisibilmente, Cass. civ., Sez. VI – 2 Ord., 22/01/2018, n. 1505, in *CED Cassazione*, 2018, secondo cui: "In assenza della dichiarazione, nel contratto preliminare o in un atto successivamente prodotto in giudizio, degli estremi della concessione edilizia, ed in mancanza di allegazione della domanda di concessione in sanatoria, con gli estremi del versamento delle prime due rate della relativa oblazione, il giudice non può pronunciare la sentenza di trasferimento coattivo di diritti reali su edifici o loro parti, prevista dall'art. 2932 c.c., perché l'art. 40, comma 2, della legge n. 47 del 1985, che richiede le predette dichiarazioni o allegazioni, a pena di nullità, per la stipulazione degli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali (che non siano di servitù o di garanzia) relativi ad edifici o loro parti, indirettamente influisce anche sui presupposti necessari per la pronuncia della sentenza di cui all'art. 2932 c.c., che, avendo funzione sostitutiva di un atto negoziale dovuto, non può realizzare un effetto maggiore e diverso da quello che sarebbe stato possibile alle parti o un effetto che, comunque, eluda le norme di legge che governano, nella forma e nel contenuto, l'autonomia negoziale delle parti; il limite predetto non può essere superato dalla astratta possibilità della successiva sanatoria della nullità, prevista, per i contratti, dall'art. 40, comma 4, della legge n. 47 del 1985 (che espressamente consente la successiva "conferma", con effetto sanante, del negozio viziato)

## JUS CIVILE



nel corso del giudizio, la dichiarazione contenente gli estremi del titolo edificatorio, ed in mancanza di allegazione della domanda di concessione in sanatoria, con gli estremi del versamento delle prime due rate della relativa oblazione<sup>12</sup>.

Aggiungasi, ulteriormente, che perfino nell'ambito degli atti traslativi, costitutivi o estintivi di diritti reali, il legislatore ha operato una ulteriore limitazione; infatti, ha escluso espressamente dall'ambito di operatività delle norme citate, gli atti con cui si costituiscono, modificano o estinguono diritti reali di garanzia o di servitù.

Il quadro d'insieme tracciato, dunque, basato sulla considerazione della lettera del testo normativo, solleva più di un dubbio in ordine sia ad un supposto obiettivo primario della normativa in questione di rendere giuridicamente impraticabile ogni forma di utilizzazione degli immobili abusivi, sia, di conseguenza, della sussistenza di un interesse pubblico, sotteso ad una implicita norma proibitiva-imperativa, a reprimere l'immissione sul mercato di edifici irregolari, vietando, con ciò, non solo il comportamento (edificazione abusiva) di una delle parti, oggetto della legge penale, ma anche l'assetto contrattuale cui le parti sono pervenute in relazione all'opera abusivamente edificata. In altri termini nella fattispecie che ci occupa anche la legge penale che punisce il costruttore abusivo non contribuisce a fornire argomenti a favore della tesi sostanzialistica in quanto essa sanziona il comportamento del costruttore ma non il regolamento contrattuale con il quale si dispone dell'opera costruita: dunque non configura un c.d. reato-contratto.

La tesi sostanzialistica, d'altra parte non può trovare consistenti appigli neppure riconducendo il fondamento della nullità, non all'impervio percorso della nullità virtuale di cui al comma 1 dell'art. 1418 c.c., bensì al comma 2 della stessa norma, in ragione, secondo taluni, di una illiceità dell'oggetto<sup>13</sup> in quanto prodotto di un reato,

---

attesa l'evidente incompatibilità tra l'istituto della conferma dell'atto nullo, previsto dalla predetta disposizione, e le peculiari caratteristiche della sentenza e l'autorità del giudicato che questa è destinata ad acquistare". Cfr., anche, Cass. civ., Sez. II, 26/04/2017, n. 10297, in *Quotidiano Giuridico*, 2017, ove si legge: "La sanzione della nullità prevista dall'art. 40, L. 28 febbraio 1985, n. 47, con riferimento a vicende negoziali relative ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria, trova applicazione nei soli contratti con effetti traslativi e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria, quale il preliminare di vendita, come si desume dal tenore letterale della norma, nonché dalla circostanza che, successivamente al contratto preliminare, può intervenire la concessione in sanatoria degli abusi edilizi commessi o essere prodotta la dichiarazione prevista dalla stessa norma, ove si tratti di immobili costruiti anteriormente al 1° settembre 1967. Ne consegue che, anche nel caso in cui il preliminare abbia ad oggetto un immobile privo della concessione edificatoria, si ritiene costituito tra le parti un valido vincolo giuridico. Analogamente, anche, Cass. civ., Sez. VI – 2, 29/04/2016, n. 8489, in *CED Cassazione*, 2016.

<sup>12</sup> Cass. civ., Sez. VI – 2, 29/04/2016, n. 8489, cit.

<sup>13</sup> Per la giurisprudenza, in tal senso, Trib. Venezia, 9/2/1978, in *Riv. Giur. Edil.*, 1978, I, 531 e ss.

# JUS CIVILE



secondo altri di una impossibilità giuridica relativa dell'oggetto<sup>14</sup> del contratto per assenza nel bene oggetto del medesimo del provvedimento concessorio.

Ed infatti, con riferimento ad entrambe le riferite prospettazioni è agevole rilevare che se così fosse va da sé che tale nullità, per la supposta illiceità e impossibilità dell'oggetto, dovrebbe sussistere in relazione a tutti gli atti aventi ad oggetto beni di quel tipo, e non soltanto agli atti fra vivi, per di più solo traslativi, ed inoltre con le limitazioni innanzi evidenziate quanto ai diritti reali di garanzia o di servitù.

La palese artificiosità di siffatte prospettazioni, considerato il testo normativo e le limitazioni in esso contenute in ordine all'operatività a tutto campo della nullità, rende poco convincente, sotto il profilo sistematico, anche la tesi<sup>15</sup> che reputa che, nel caso più grave, di assenza della concessione ad edificare, si determinerebbe una inidoneità relativa del bene realizzato, posto che essa sussisterebbe o meno a seconda del tipo contrattuale prescelto dalle parti<sup>16</sup>; inidoneità che si risolverebbe, quindi, in una impossibilità (giuridica) relativa dell'oggetto da cui conseguirebbe la nullità dell'atto che troverebbe la sua giustificazione nella correlazione dell'art. 17, comma 1, l. 47/85 con gli artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c.<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> C. Donisi, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, cit., più di recente, *La Marca, Nullità urbanistiche e preliminare di vendita di immobili abusivi: inammissibile l'esecuzione ex art. 2932, cod. civ.*, in *NGCC*, 2008, I, 703; A. Marrese, *Qualità del bene immobile e validità del contratto*, in *Persona e Mercato*, 2014, 169-170, secondo il quale "La nullità del contratto avente ad oggetto un immobile abusivo non discenderebbe ...dalla violazione degli artt. 17 e 40 della legge 47/85 ma dal sistema codicistico e dagli effetti che lo stesso ricollega alla illiceità o alla impossibilità dell'oggetto".

<sup>15</sup> C. Donisi, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, cit., 92 e ss.

<sup>16</sup> Peraltro argomentando dall'art. 46, comma 5, t.u. edilizia, le nullità di cui all'art. 17, cit., non si applicano neppure agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali.

<sup>17</sup> In senso critico cfr. Cass. 6/12/1984, n. 6399, in *Giur. It.*, 1984, I, 1, 1512, che evidenzia: "Allorquando la compravendita abbia per oggetto un immobile costruito in difformità del progetto edilizio approvato, non si ha nullità del contratto per illiceità o impossibilità dell'oggetto né vizio della cosa venduta, secondo la previsione dell'art. 1490 c. c., non vertendosi in tema di anomalia strutturale della cosa stessa, bensì si verifica una fattispecie riconducibile al paradigma dell'art. 1489 c. c. per il quale il compratore può chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, quando la cosa risulti gravata da oneri o diritti reali o personali non apparenti che ne diminuiscano il libero godimento; pertanto, quando, in conseguenza della accertata difformità della costruzione rispetto al progetto edilizio sopraggiunga l'ordine amministrativo di demolizione dell'opera illegittima, si producono gli effetti sostanziali dell'evizione totale o parziale (art. 1483, 1484 c. c.), a seconda che sia disposta la eliminazione integrale o soltanto per una parte della costruzione, e, quindi, il venditore, anche se non tenuto alla garanzia per essere l'acquirente a conoscenza della difformità dell'immobile rispetto al progetto approvato, dovrà pur sempre restituire a quest'ultimo il prezzo e rimborsargli le spese, salvo il caso in cui la compravendita sia stata conclusa a rischio e pericolo del compratore".

## JUS CIVILE



4. – Un’ultima considerazione va fatta: come detto, si sostiene che la possibilità della conferma consegue solo **se ne sussistono i presupposti**, ossia la concessione edilizia, e, pertanto, ciò porterebbe a dedurre che presupposto per la validità dell’atto sia, *a contrario*, la regolarità sostanziale, non solo dichiarata, del cespite trasferito. Senonché tale argomento è chiaramente smentito dal tenore letterale della norma stessa che sancisce **solo** che è la “*manca di dichiarazione*” che può essere corretta, in via suppletiva o rimediabile, dalla successiva conferma, anche unilaterale. Della inesistenza della concessione, a fronte di una dichiarazione falsa, invece nulla è detto, se non implicitamente che l’atto non è suscettibile di conferma ed è, perciò, insanabile.

In sostanza l’esistenza della concessione è presupposto esplicitamente elevato dalla norma a condizione necessaria solo per poter confermare l’atto, ossia perché l’atto sia recuperato al sistema, **nel limitato caso** in cui la dichiarazione **non sia stata resa**, ma non condiziona la validità del negozio qualora gli estremi della concessione, sia pur falsamente, siano stati dichiarati, rispettando, così, la prescrizione formale.

Come opportunamente evidenziato in una risalente sentenza della Cassazione, dalla lettera della legge emerge un quadro ove “l’irregolarità del bene non rileva di per sé, ma solo in quanto preclude la conferma dell’atto. Simmetricamente, la regolarità del bene sotto il profilo urbanistico non rileva in sé, ma solo in quanto consente la conferma dell’atto”<sup>18</sup>.

Sono fatte salve, ovviamente, le conseguenze penali che da tale falsa dichiarazione conseguono nonché, sotto il profilo civilistico, il diritto per l’acquirente di tutelare variamente la propria posizione. Egli, infatti, potrà scegliere di invocare ed ottenere la risoluzione del vincolo contrattuale ai sensi dell’art. 1489 c.c., oltre al risarcimento del danno.

Alle predette considerazioni si è autorevolmente opposto<sup>19</sup> che le disposizioni in questione fanno riferimento alle “dichiarazioni ed allegazioni dell’alienante non in sé e per sé ma come veicolo per la comunicazione di notizie e la conoscenza di documenti” e che sarebbe arduo ritenere che il legislatore abbia considerato “valido un negozio giuridico contenente dichiarazioni ed allegazioni false, in assenza di licenza o concessione edilizia o di domanda di concessione in sanatoria, ed invalido un ne-

---

<sup>18</sup> Cass. 15/6/2000, n. 8147, in *Contratti*, 2001, 13, con nota di ANGIULI; in *Riv. Notar.*, 2001, 142, con nota di CASU.

<sup>19</sup> A. Cataudella, *Nullità «formali» e nullità «sostanziali» nella normativa sul condono edilizio*, cit., 495 e ss.



gozio giuridico che non contenga – pur in presenza della licenza o della concessione in sanatoria (...) – le relative dichiarazioni ed allegazioni”. Di qui la conclusione che l’esistenza di una sostanziale regolarità edilizia assuma rilevanza immediata ai fini della conferma del negozio nullo, e mediata ai fini della qualificazione del negozio come nullo o valido.

L’obiezione non è di poco conto, ma ad essa possono opporsi varie e, a parere di chi scrive, rilevanti considerazioni: anzitutto, si ribadisce, il chiaro dettato normativo fa conseguire la nullità alla sola mancanza della dichiarazione, mentre nulla dice circa una supposta invalidità del negozio qualora gli estremi della concessione, sia pur falsamente, siano stati dichiarati e/o allegati, rispettando, così, la prescrizione formale. Ipotizzare una nullità c.d. sostanziale comporta, dunque, una lettura del disposto normativo che, nel negare il chiaro distinguo operato dal legislatore tra atto munito della dichiarazione e/o dell’allegazione e, perciò, valido ed atto carente del predetto requisito formale e, perciò, nullo, elevi comunque, ed al di là della lettera della legge, ad indispensabile requisito di validità la veridicità della dichiarazione stessa e la sua attinenza e rispondenza allo stato di fatto dei beni oggetto del contratto<sup>20</sup>.

In secondo luogo se è pur vero che la lettera della legge attribuisce alle dichiarazioni ed allegazioni dell’alienante valenza essenzialmente informativa ciò non esclude che tale previsione, la cui mancanza determina la nullità del contratto, svolga anche una funzione deterrente rispetto alla circolazione di immobili abusivi; infatti, obbligare il venditore alle comunicazioni e/o allegazioni di cui innanzi, onde evitare la nullità, significa esporlo alle conseguenze penali derivanti dalla falsità delle comunicazioni e delle allegazioni stesse.

In terzo luogo, va considerato che proprio la previsione legislativa, ai fini della validità dell’atto traslativo, della necessità di una dichiarazione o allegazione circa la regolarità edilizia del bene enfatizza l’esigenza di tutela della buona fede dell’acquirente che, proprio in ragione della esistenza della suddetta dichiarazione o allegazione, è portato a confidare, in assoluta buona fede, sulla regolarità edilizia del cespite acquistato. Considerazione questa che non può non pesare sul piatto della bilancia

---

<sup>20</sup> Sul punto, con molta chiarezza, Cass., 5/7/2013, n. 16876, in *Mass. Giust. civ.*, 2013, ove si legge: “pur ritenendo interessante la tesi della c.d. nullità sostanziale, i canoni normativi dell’interpretazione della legge non consentono di attribuire al testo normativo un significato che prescinda o superi le espressioni formali in cui si articola (...) e non può non essere considerato il fatto che i casi di nullità previsti dalla norma indicata sono tassativi e non estensibili per analogia e la nullità prevista dall’art. 40 cit. è costituita unicamente dalla mancata indicazione degli estremi della licenza edilizia, ovvero dell’inizio della costruzione prima del 1967”.

## JUS CIVILE



della più opportuna valutazione degli interessi in gioco, poiché, come si dirà più innanzi, la declaratoria di nullità del contratto, nonostante sia stata resa la dichiarazione prescritta dagli artt. 17 e 40, cit., può portare conseguenze particolarmente gravi ed aberranti per l'acquirente in buona fede, e, nel contempo, paradossalmente, perfino avvantaggiare il venditore, colpevole dell'abuso e della mendacia.

Infine, se può sembrare a prima vista incongruo ritenere nullo il contratto, carente di dichiarazione e/o allegazioni attestanti la conformità edilizia, benché detta conformità sussista, ciò si spiega da un lato per l'evidente finalità della prescrizione formale a tutelare l'interesse dell'acquirente a conoscere dati fondamentali per valutare la situazione urbanistico-edilizia del cespite, dall'altro considerando che trattasi di nullità formale sanabile, mediante la conferma, ove ne sussistano i presupposti.

5. – Secondo una ulteriore e più recente tesi, di matrice prevalentemente notariale, si afferma<sup>21</sup> che più che distinguere tra nullità formale e nullità sostanziale, potrebbe concludersi per l'unicità della figura della nullità urbanistica, quale (semplicemente) nullità 'testuale', riferendosi, dunque, '*...alla nullità causata dalla mancanza delle menzioni urbanistiche, ossia del requisito formale, che è l'unica prevista dalle norme in commento*' con la precisazione, però, che detta "nullità (...) rimane esclusa solo se le suddette menzioni **corrispondono al vero**", con la conseguenza che "risulterà incommerciabile il fabbricato costruito in assenza di titolo edilizio ovvero in totale difformità dal titolo rilasciato, non potendo l'atto traslativo o divisionale avente per oggetto un simile fabbricato essere corredato dalle prescritte menzioni urbanistiche (in sostanza, per la validità di un simile atto, requisito formale e requisito sostanziale debbono coesistere)"<sup>22</sup>. Il che equivale a dire che la dichiarazione prescritta non ha valenza di per sé al fine di fondare la validità dell'atto e, pertanto, laddove essa non attesti un dato corrispondente al vero, il contratto sarà nullo.

Va da sé che, secondo tale prospettazione, il dato formale, rappresentato dalla di-

---

<sup>21</sup> Da ultimo C. Natoli, *Sulla natura giuridica della cd. nullità urbanistica*, in corso di pubblicazione in *NGCC*, in adesione alla posizione già espressa da G. Rizzi, *La nullità degli atti negoziali per violazione delle norme in materia urbanistica ed edilizia*, in *Federnotizie* del 2 agosto 2018, cit.; Id., *Circolazione degli immobili e normativa edilizia*, in *NOTARIATO*, fasc. 5, 2015, 483.

<sup>22</sup> G. Rizzi, *La nullità degli atti negoziali per violazione delle norme in materia urbanistica ed edilizia*, cit.



chiarazione, è logicamente e giuridicamente subordinato/consequenziale all'esistenza di un corrispondente fatto sostanziale<sup>23</sup>.

Di qui la conclusione<sup>24</sup> che «il legislatore avrebbe espressamente disciplinato 'il più', ricomprendendo, inevitabilmente, 'il meno'», e che, pertanto, la nullità prescritta dalle norme in questione, per la carente menzione in atto, sarebbe finalizzata «non solo alla tutela dell'acquirente, impossibilitato, altrimenti, a conoscere la condizione dell'immobile, ma anche al contrasto all'abusivismo edilizio». Giacché «Impensabile sarebbe, infatti, ritenere che il legislatore con la propria formulazione normativa abbia, indirettamente, 'protetto' ipotesi di false dichiarazioni urbanistiche, cui non corrispondesse una sostanziale regolarità del manufatto».

Come rilevante argomento a sostegno di tale tesi interpretativa si sostiene che «quando il legislatore ha inteso dare rilievo, sia in via formale che sostanziale, solo ed esclusivamente ad una dichiarazione 'formale', lo ha fatto in modo esplicito. È il caso dei fabbricati la cui costruzione sia iniziata prima del 1.9.1967. In tale circostanza, in entrambi i testi di legge, ai fini della validità dell'atto, è imposta una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, resa ai sensi del d.p.r. n. 445/2000, in cui l'alienante si limiti ad attestare il dato fattuale della data dell'inizio lavori. Solo in quest'ultima ipotesi, il bene sarà sempre commerciabile (a prescindere dalla conformità o meno della costruzione all'eventuale progetto presentato), in quanto per la validità degli atti è sufficiente la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà attestante tale circostanza. E ciò per una sorta di riconoscimento di regolarità urbanistica *ex lege* di dette costruzioni ai fini della loro commerciabilità. Ed è, altresì, solo in tale fattispecie, pertanto, che può porsi il problema dell'accertamento di un mendacio ad opera di parte alienante, ove si accerti che la costruzione del fabbricato sia iniziata dopo la data sopra indicata».

Ebbene la tesi non convince ed invero non sembra aggiunga notazioni decisive alla già ricordata opinione sostanzialistica innanzi riportata, della quale finisce per

---

<sup>23</sup> Cfr. G. Rizzi, *op. ult. cit.*, che evidenzia: «il requisito sostanziale è il presupposto stesso per l'esistenza del requisito formale. Se non sussiste il requisito sostanziale non può neppure essere rispettato il requisito formale» e poi ulteriormente specifica: «la coesistenza tra i due requisiti non va considerata su un piano "orizzontale", come se si trattasse di due requisiti autonomi e distinti tra di loro, il cui concorso sia necessario per evitare la nullità dell'atto, ma vanno considerati piuttosto, sotto un profilo "verticale": a monte sta il requisito sostanziale, a valle si pone invece il requisito formale; in pratica il "requisito formale", l'unico richiesto dalla normativa vigente per la validità dell'atto, non può neppure considerarsi esistente se a monte non sussiste il requisito sostanziale, che né pertanto il presupposto essenziale di sussistenza».

<sup>24</sup> Cfr., C. Natoli, *Sulla natura giuridica della cd. nullità urbanistica*, cit.

## JUS CIVILE



riproporre, se si è ben compreso, le medesime argomentazioni, sia pure sotto una diversa angolazione; merita considerare, prioritariamente, proprio l'ultimo argomento posto a sostegno: ebbene, la norma (art. 40), nella prima parte del II comma, come nella II parte del medesimo comma prescinde da qualsiasi riferimento alla corrispondenza del dichiarato al dato reale sancendo solo, ai fini della validità dell'atto, per gli immobili edificati dopo il 1967, che sia rispettato il dato formale della dichiarazione o dell'allegazione dei documenti ivi indicati, per gli immobili edificati prima del 1967 che sia rispettato il dato, parimenti formale, prescritto in alternativa, di una dichiarazione resa nella forma dell'atto notorio o degli estremi della licenza edilizia.

Non vi è, dunque, alcuna differenza di trattamento normativo per le due ipotesi disciplinate: entrambe, infatti, fanno dipendere la validità dell'atto da quanto dichiarato, non da altro.

Quanto poi all'assunto secondo cui sarebbe impensabile *“che il legislatore con la propria formulazione normativa abbia, indirettamente, ‘protetto’ ipotesi di false dichiarazioni urbanistiche”* esso è agevolmente smentito dal dato inoppugnabile che alcuna protezione è data dal legislatore all'eventuale mendacio giacché esso sarebbe, comunque, punito dalla legge penale<sup>25</sup>.

In sostanza la tesi in questione, nel prospettare che le norme citate, pur esprimendo una nullità formale e, dunque testuale, presuppongono la sussistenza di una necessaria corrispondenza del requisito sostanziale al dato dichiarato, sembra dia per dimostrato proprio ciò che si deve dimostrare, ossia che l'esclusione dell'operatività della nullità in questione sia subordinata non solo al rispetto del mero requisito formale ma anche alla sussistenza della corrispondenza del dato fattuale a quanto dichiarato, che ne diventerebbe la necessaria premessa.

Quanto innanzi, poiché non è affatto enunciato nelle disposizioni in questione, dovrebbe ritenersi che emerga implicitamente dalla lettera della legge, il che, invero, non è per nulla ovvio e scontato, specie in materia di nullità e di interpretazione di norme imperative, ed è comunque proprio ciò che si deve dimostrare, in quanto equivarrebbe ad effettuare, come si è condivisibilmente detto, e malgrado le diverse in-

---

<sup>25</sup> Sul punto, condivisibilmente, P. Zanelli, *Il condono edilizio: vecchie e nuove nullità*, in *Contratto e impresa*, 1995, n. 3, evidenzia che nella ricorrenza del “caso della falsa dichiarazione per l'assenza di concessione” la fattispecie “prenderà la strada ben più rigida della repressione penale, sia per l'assenza di concessione (art. 20 l. 47/85), sia per la falsa dichiarazione in atto; repressione alla quale la nullità dell'atto nulla aggiunge in termini sanzionatori”.

# JUS CIVILE



tenzioni dichiarate dai sostenitori della tesi che qui si confuta<sup>26</sup>, una interpretazione sovra letterale del dettato normativo<sup>27</sup>, dando per scontato che ad esso vada aggiunta una frase del tipo: “nel presupposto della veridicità della dichiarazione stessa e della sua attinenza e rispondenza allo stato di fatto dei beni oggetto del contratto”.

6. – L’insieme delle considerazioni fin qui svolte consente, a questo punto, di poter delineare talune conclusioni: in primo luogo che la disciplina in oggetto non contiene una norma proibitiva che vieti gli atti, tra vivi, di trasferimento di “immobili non in regola con la normativa urbanistica”.

Una norma proibitiva di tal genere, dalla cui esistenza sarebbe possibile desumere una nullità virtuale degli atti traslativi di immobili abusivi, e, dunque, l’incommerciabilità degli stessi, **non può essere implicita** rappresentando essa un eccezionale limite all’autonomia privata.

Comunque, la sussistenza di una siffatta norma proibitiva, sia pure implicita, è smentita anche dalla constatazione che gli artt. 17 e 40 citati, per il tenore della rispettiva formulazione, per le rilevanti eccezioni in essi contenute e, quindi, per il ristretto ambito di applicazione che li connota, non esprimono un generale giudizio di disvalore degli atti di autonomia privata concernenti immobili abusivi, né appalesano un interesse pubblico a reprimere l’immissione sul mercato, sempre e comunque, degli edifici difformi e, pertanto, non si può sostenere che essi fondino una supposta incommerciabilità di detti beni.

In ragione di quanto innanzi, pertanto, si ritiene di dover concordare con il rilievo espresso dal Collegio remittente sia sotto il profilo interpretativo che sotto il profilo dell’incidenza di esso nell’equo bilanciamento degli interessi in gioco. Quanto al primo aspetto focalizzato nel rilievo secondo cui “la tesi della nullità virtuale” non

---

<sup>26</sup> Nel contributo citato della dott.ssa Natoli si evidenzia che l’interpretazione che implica una necessaria coesistenza del requisito formale e di quello sostanziale “avrebbe il pregio di rispettare il dato letterale delle disposizioni in commento, consentendo un’interpretazione tassativa delle stesse, come correttamente suol farsi in ipotesi di comminate nullità speciali”.

<sup>27</sup> P. Zanelli, *Il condono edilizio: vecchie e nuove nullità*, cit., che evidenzia: “Mi sembra che nel tentativo di metter ordine nella confusa materia ci si sia arrogati un compito che non ci compete, che non è solo quello di tecnico dell’edilizia ma anche quello di supplente del legislatore, col creare precetti anche laddove il legislatore invece non li ha posti, e, per di più non sempre con un corretto uso dei principi generali e delle regole relative alle fonti del diritto. Insomma una tendenza, che a volte si riscontra negli interpreti, un poco autolesionistica”.

## JUS CIVILE



trova “un solido riscontro nella lettera della legge (nella quale si sanziona con la nullità l’assenza di una dichiarazione negoziale dell’alienante avente ad oggetto gli estremi dei provvedimenti concessori relativi all’immobile dedotto in contratto, senza alcun riferimento alla necessità che la consistenza reale di tale immobile sia conforme a quella risultante dai progetti approvati con detti provvedimenti concessori)”, quanto al secondo aspetto nel rilievo, altrettanto decisivo, secondo cui ritenere diversamente può risultare foriero “di notevoli complicazioni nella prassi applicativa e, conseguentemente, rischia di pregiudicare in maniera significativa gli interessi della parte acquirente; quest’ultima, infatti, si vede esposta, con la dichiarazione di nullità dell’atto di trasferimento, alla perdita dell’immobile (con la conseguente necessità di procedere al recupero del prezzo versato) pure in situazioni nelle quali aveva fatto incolpevole affidamento sulla validità dell’atto”, proprio in ragione della prescritta dichiarazione di conformità resa dall’alienante al momento della stipula.

Riguardo a tale ultimo profilo, come si è innanzi accennato, l’accedere alla tesi essenzialmente sostanzialista, anche nella declinazione più recente della cd. “nullità testuale”, apre a prospettive non poco inquietanti per l’acquirente del cespite abusivo, specie se in buona fede, e, nel contempo, è fonte di incertezza per gli operatori del diritto tra i quali, in particolare, il giudice ed il notaio rogante.

L’acquirente, infatti, una volta che sia stata dichiarata la nullità del contratto, in base ad esempio all’azione esercitata da un terzo che vi abbia interesse o conseguente ad un rilievo officioso, non solo resta esposto, come evidenzia la Corte remittente, alla perdita dell’immobile ma rischia, altresì, di vedersi eccepire la prescrizione del diritto ad ottenere la ripetizione dell’importo versato per l’acquisto, qualora la nullità sia dichiarata trascorsi dieci anni dalla stipulazione e, quindi, detta azione di ripetizione si sia oramai prescritta. Né può fondatamente sostenersi che il decorso della prescrizione incomincerebbe dalla declaratoria di nullità per la ovvia considerazione che la sentenza di nullità ha efficacia dichiarativa di un vizio dell’atto sussistente fin dalla sua stipulazione, quindi è da tale data, e non da quella successiva in cui venga accertata la nullità, che inesorabilmente incomincia a decorrere la prescrizione.

Non va trascurata, peraltro, la non banale circostanza della incertezza, fattuale se non giuridica, in cui si verrebbe a trovare l’acquirente in ordine al materiale recupero dal venditore delle somme a questi versate, in assoluta buona fede, per l’acquisto del cespite, anche nell’ipotesi in cui non sia ancora maturata la prescrizione del diritto alla ripetizione. Con l’aggravante, ai fini della dovuta considerazione dell’equo contegno degli interessi in gioco, che il venditore, per di più, all’esito della de-

## JUS CIVILE



claratoria di nullità avrebbe anche diritto a riottenere l'immobile, senza nessun aggravio economico, almeno laddove sia maturata la prescrizione del diritto di ripetizione del prezzo.

Né vale obiettare a quanto innanzi prospettato che le incerte dinamiche restitutorie possono conseguire anche dall'azione di risoluzione del contratto relativo all'immobile abusivo invocata dall'acquirente ai sensi dell'art. 1489 c.c.: infatti, in tale ipotesi poiché l'esercizio dell'azione dipende da una scelta di cui solo l'acquirente è titolare ed arbitro va da sé che egli stesso potrà valutare i rischi ad essa sottesi e, dunque, decidere liberamente se valga la pena correrli.

D'altra parte non vale neppure obiettare che la buona fede "potrebbe essere assente ben potendo profilarsi un'intesa tra alienante ed acquirente"<sup>28</sup>.

Al riguardo merita anzitutto considerare che l'acquirente difficilmente si presterà scientemente ad un'intesa di tal genere assumendosi il rischio, specie nella ricorrenza di rilevanti abusi, di perdere il bene all'esito di una successiva ordinanza di demolizione.

A tale preliminare considerazione va poi aggiunto che contemplando le norme in questione la comminatoria di una nullità assoluta e non di una nullità a legittimazione circoscritta al solo acquirente, è piuttosto improbabile che l'acquirente addivenga con consapevolezza alla stipulazione di un contratto, rispetto al quale si assumerà anche il rischio di una successiva declaratoria di nullità che, ove prevalga la tesi cd. sostanzialista, potrà essere fatta valere per sempre (fatti salvi gli effetti dell'usucapione) dallo stesso venditore nonché da chiunque vi abbia interesse.

Un contratto da cui consegua, in definitiva, un acquisto del tutto precario del bene esponendo, così, l'acquirente ai rischi di perderlo unitamente agli esborsi effettuati.

Neppure vale obiettare che, in ogni caso, si tratterebbe di un affidamento non incolpevole dell'acquirente in quanto questi, proprio in conseguenza della dichiarazione o allegazione effettuata dal venditore, ben dovrebbe diligentemente effettuare gli opportuni riscontri del caso in ordine alla corrispondenza della situazione di fatto a quanto dichiarato e/o allegato. Tale considerazione, infatti, non apporta alcun argomento decisivo al fine di fondare la rilevanza di per sé del difetto di regolarità sostanziale del bene sotto il profilo urbanistico, giocando un ruolo solo sotto il profilo risarcitorio invocabile dall'acquirente che – accortosi successivamente all'acquisto della difformità urbanistica del cespite – agisca per la risoluzione del contratto per inadempimento del venditore.

---

<sup>28</sup> A. Cataudella, *op. cit.*, 498.

# JUS CIVILE



In definitiva, in uno scenario emergente da casi come quelli qui delineati, l'accedere all'ipotesi di una nullità sostanziale dell'atto di trasferimento dell'immobile che, sebbene rispetti l'onere formale della menzione nell'atto dei titoli abilitativi al trasferimento, non sia sostanzialmente in regola con il titolo concessorio, comporta sacrificare integralmente ad una supposta esigenza prioritaria del contrasto all'abusivismo, peraltro, si ribadisce, non chiaramente ricavabile dalla lettera della legge, le esigenze di tutela dell'acquirente, specie se in buona fede, che peraltro non ha commesso l'abuso edilizio, rischiando, il che è paradossale, perfino di avvantaggiare il venditore dell'immobile che, probabilmente, è l'autore dell'abuso edilizio nonché, senz'altro, è autore della mendace dichiarazione circa l'esistenza dello strumento concessorio.

7. – Dalla adesione alla tesi sostanzialista, inoltre, come si è anticipato, consegue un quadro di rilevante incertezza operativa anche per il giudice e per il notaio rogante: infatti, come è noto, e come riferisce anche il Collegio remittente, fin dai primi arresti della Cassazione<sup>29</sup> in cui si è incominciato a dubitare della natura solo formale della nullità in questione, si è nel contempo puntualizzato che perché sia prospettabile la nullità dell'atto di trasferimento non è rilevante la mera difformità parziale dell'immobile rispetto titolo edilizio, valorizzando, così, la distinzione tra l'ipotesi di difformità totale o variazione essenziale (artt. 7 e 8 della l. 47/85), rispetto alle quali conseguirebbe la nullità del contratto, dall'ipotesi di variazione solo parziale e non essenziale (art. 12, l. 47/85), non idonee a fondare la nullità<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Cass. civ., Sez. II, 18/09/2009, n. 20258, in *Foro It.*, 2010, 7-8, 1, 2148, che sancisce: “Nel caso in cui l'immobile, munito di regolare concessione e di permesso di abitabilità, non annullati né revocati, abbia un vizio di regolarità urbanistica non oltrepassante la soglia della parziale difformità rispetto alla concessione (nella specie, per la presenza di un aumento, non consistente, della volumetria fuori terra realizzata, non risolventesi in un organismo integralmente diverso o autonomamente utilizzabile), non sussiste alcuna preclusione all'emanazione della sentenza costitutiva, perché il corrispondente negozio di trasferimento non sarebbe nullo ed è, pertanto, illegittimo il rifiuto del promittente acquirente –nella specie, a sua volta acquirente dello stesso immobile in base a precedente rogito notarile – di dare corso alla stipulazione del definitivo, sollecitata dal promittente acquirente”.

<sup>30</sup> Vedi, però, Cass., Sez. II, 17/10/2013, n. 23591, in *Contratti*, 2014, 7, 660, che si sofferma solo sulla natura sostanziale della sanzione senza però approfondire la ulteriore questione della tipologia e, conseguente, rilevanza discriminante dell'abuso.



Su questa falsariga, di recente<sup>31</sup>, si è distinto tra abuso primario (relativo a beni immobili edificati o resi abitabili in assenza di concessione e alienati in modo autonomo rispetto all'immobile principale di cui in ipotesi facevano parte) e abuso secondario (ricorrente nell'ipotesi in cui solo una parte di unità immobiliare già esistente abbia subito modifica o mutamento di destinazione d'uso), escludendo nella ricorrenza della sola prima ipotesi la possibilità di una sentenza di trasferimento coattivo ex art. 2932 c.c. relativa ad un contratto preliminare avente ad oggetto un immobile difforme<sup>32</sup>.

Differenze, dunque, tra difformità essenziali o non essenziali – ritenute di imminente rilievo ai fini di accedere od escludere la nullità anche da parte della dottrina fautrice della tesi cd. sostanzialista<sup>33</sup> – che, come giustamente sottolinea il Collegio remittente, “se sul piano teorico possono considerarsi sufficientemente nitide, nella loro applicazione in una fattispecie concreta possono implicare non pochi margini di opinabilità” non solo per il Giudice investito della controversia relativa alla validità del titolo con il quale si è trasferito o promesso in vendita l'immobile asseritamente abusivo, ma, anche, per il notaio rogante.

Va considerato, infatti, che, come si è opportunamente evidenziato<sup>34</sup>, “un confine normativo all'area della incommerciabilità deve essere certo, se non si vuole

---

<sup>31</sup> Cass. civ., Sez. II, 14/05/2018, n. 11659, in *Quotidiano Giuridico*, 2018.

<sup>32</sup> In tal senso Cass. civ., Sez. II, 09/12/2015, n. 24852, in *Imm. e propr.*, 2016, 2, 123, ove si legge: “In controversie radicate ex art. 2932 c.c., non può essere pronunciata sentenza di trasferimento coattivo – in applicazione del regime delle nullità di cui agli artt. 17 e 40 della L. n. 47/1985 – non solo se l'immobile sia stato costruito senza licenza o concessione edilizia (e difetti altresì la concessione in sanatoria o la domanda di condono perfezionatosi) ma anche quando esso presenti totale difformità della concessione e ne manchi la sanatoria. Al contrario, qualora un immobile munito di concessione e abitabilità presenti vizi di regolarità urbanistica non oltrepassanti la soglia della parziale difformità non v'è preclusione all'emanazione della sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. per nullità del negozio di trasferimento”.

<sup>33</sup> Sul punto gli interessanti rilievi di A. Cataudella, *op. cit.*, 504 e ss., che sottolinea “Una scelta legislativa che avesse ricompreso tutte le opere non conformi avrebbe dato luogo, peraltro, ad inconvenienti gravissimi, sanzionando in maniera sproporzionatamente grave anche infrazioni lievi e rendendo assai difficile l'acquisizione della certezza piena sulla validità dei negozi giuridici stipulati”.

<sup>34</sup> A. Marrese, *Qualità del bene immobile e validità del contratto*, cit., 172. Sul punto, cfr., anche E. Bancheri, *Trasferimenti immobiliari, irregolarità urbanistica, rimedi civilistici: il dibattito dottrinale e l'evoluzione della giurisprudenza*, in *NGCC*, 2015, II, 213, che evidenzia che il distinguo tra abusi primari e secondari è rilevante giacché “Si vuole evitare che il rimedio della nullità venga applicato *sic et simpliciter* in presenza di qualunque irregolarità o abuso urbanistico. Un'interpretazione troppo rigorosa, senza correttivi dell'impostazione sostanzialistica, infatti, comporterebbe il blocco dell'attività del commercio immobiliare e dell'edilizia” (*op. ult. cit.*, nota 14).

# JUS CIVILE



rischiare di ledere irragionevolmente l'interesse (anche questo di carattere generale) alla certa e sicura circolazione dei diritti reali immobiliari”.

L'accogliere la tesi della natura sostanziale della nullità in questione impone, dunque, il compito, non certo agevole per l'interprete, che tale confine sia tracciato con estrema sicurezza onde evitare che si pregiudichino interessi che vanno ben oltre quello della lotta all'abusivismo edilizio per il tramite di una supposta “nullità sostanziale” rinvenibile nelle norme citate.



CARMELA ROBUSTELLA

*Professore associato di Diritto dell'economia – Università di Foggia*

## LA TUTELA RAFFORZATA DELL'INVESTITORE NELLA MIFID II

SOMMARIO: 1. *Gli obiettivi del legislatore europeo.* – 2. *Know your customer e Know your product.* – 3. *Mifid II e valutazione di adeguatezza.* – 4. *Consulenza finanziaria indipendente e non indipendente.* – 5. *Mifid II e GDPR.*

1. – La crisi finanziaria che ha colpito l'economia mondiale a partire dal 2007 ha fatto emergere carenze nel funzionamento e nella trasparenza dei mercati finanziari e ha reso necessaria una revisione della disciplina della Direttiva 2004/39/CE, c.d. MiFID, che è stata in parte trasfusa nella Direttiva 15 maggio 2014, n. 2014/65/UE (cd. “*Markets in Financial Instruments Directive II*”, di seguito “**MiFID II**”) e nel Regolamento *self executing* 2014/600/UE (c.d. “*Markets in Financial Instruments Regulation*”, di seguito “**MiFIR**”). La disciplina comunitaria ha trovato attuazione, nel nostro ordinamento, con il D.Lgs. 3 agosto 2017, n. 129, entrato in vigore il 26 agosto 2017<sup>1</sup>.

Il nuovo assetto regolamentare apporta innumerevoli novità alla disciplina del mercato degli strumenti finanziari, modificando la precedente disciplina e includendo settori in precedenza non regolamentati. Lo scopo perseguito è quello di disciplinare

---

<sup>1</sup> Per approfondimenti sulla nuova regolamentazione costituita dalla direttiva 2014/65/UE e il Regolamento 2014/600/UE si veda, V. TROIANO-R. MOTRONI, *La Mifid II: Rapporti con la clientela-regole di governance-mercati*, Padova, 2016; COSTI, *Il mercato mobiliare: aggiornamento alla mifid II*, Torino, 2018; F. ANNUNZIATA, *Il recepimento di Mifid II: uno sguardo di insieme tra continuità e discontinuità*, in *Riv. Soc.*, n.4/2018, in corso di pubblicazione; E. PEZZUTO-R. RAZZANTE, *MiFID II: le novità per il mercato finanziario*, Torino 2018; D. BUSCH-G. FERRARINI, *Regulation of the EU Financial Markets – MiFID II and MiFIR*, Oxford press, 2017; A. TUCCI, *La nuova direttiva e le disarmonie dei diritti europei*, in *FCHUB*, 25/10/2017; CAPRIGLIONE, *Prime riflessioni sulla Mifid II (tra aspettative degli investitori e realtà normativa)*, in *Riv. trim. dir. Econ.*, n.1/2015, 72 ss.

# JUS CIVILE



un mercato sempre più vario e complesso, caratterizzato dall'incremento delle tipologie di strumenti finanziari e dalla diffusione dei sistemi di *high frequency trading*, attraverso i quali, come è noto, ormai da diversi anni, ha luogo una quota rilevante delle transazioni sui mercati telematici più evoluti.

Perseguendo, inoltre, l'obiettivo di favorire lo sviluppo di un mercato unico dei servizi finanziari in Europa, la MiFID II detta importanti disposizioni destinate a favorire una maggiore tutela e trasparenza nei confronti degli investitori.

Il recepimento nell'ordinamento italiano di Mifid II ha reso necessario non solo un intervento ortopedico sul TUF, ma anche la modifica dei suoi regolamenti attuativi, in particolare il Regolamento intermediari della Consob che è stato integralmente riscritto. La fase del recepimento nell'ordinamento italiano della Direttiva MiFID II si è conclusa lo scorso 20 febbraio con l'entrata in vigore del nuovo Regolamento intermediari<sup>2</sup>.

Le novità dettate in tema di tutela degli investitori pongono numerose e rilevanti questioni, attinenti al diritto delle obbligazioni e dei contratti. In termini generali, la disciplina contenuta nella Mifid II ribadisce la centralità dell'obbligo, per gli intermediari, di agire nel migliore interesse del cliente, così come l'ulteriore principio generale, secondo cui le imprese di investimento hanno l'obbligo di agire in modo onesto equo e professionale. Il regolatore europeo rafforza il livello di "protezione del risparmiatore" implementando la quantità e la qualità delle informazioni che andranno fornite sin dalla fase di ideazione dei prodotti. In questa direzione possono quindi leggersi le novità di Mifid II sui nuovi obblighi imposti alle imprese di investimento nella individuazione degli strumenti finanziari adeguati al cliente, sulla nuova valutazione di adeguatezza, sulla distinzione tra consulenza indipendente e dipendente, a cui vanno ad aggiungersi le nuove disposizioni sul conflitto di interessi e il riformato regime degli incentivi per la prestazione dei servizi di investimento.

**2.** – Il legislatore europeo, come si accennava, si pone il prioritario obiettivo di accrescere e rafforzare il livello di protezione da accordare agli investitori, non solo

---

<sup>2</sup> La Consob ha adottato il nuovo Regolamento intermediari con delibera n. 20307 del 15 febbraio 2018, nel quale sono recepite le principali aree di intervento su cui ha inciso la nuova regolamentazione di matrice europea. In particolare, le disposizioni in materia di contratti, di incentivi, di product governance, requisiti di conoscenza e competenza del personale addetto alla prestazione di servizi di investimento, le registrazioni delle conversazioni telefoniche e distribuzione di prodotti finanziari e assicurativi.



imponendo agli intermediari l'osservanza di puntuali regole di condotta per assicurare comportamenti improntati alla correttezza e all'efficacia operativa, ma anche, e soprattutto, richiedendo che il personale addetto alla prestazione di "servizi di investimento" sia in possesso di un adeguato livello di conoscenza e competenza sui prodotti finanziari offerti o raccomandati alla clientela<sup>3</sup>.

Una delle novità di grande rilievo introdotte dalla normativa europea è l'esplicitazione della regola che impone alle imprese di investimento la comprensione delle caratteristiche degli strumenti finanziari offerti o raccomandati. Con le nuove regole di *product governance* e di *product intervention*, il legislatore europeo intende rafforzare i presidi preposti per la tutela degli investitori, imponendo una responsabilizzazione degli organi societari e dei vertici delle strutture aziendali durante l'intero ciclo di vita del prodotto, dalla fase della ideazione e realizzazione dei prodotti finanziari fino a quella *post-vendita*<sup>4</sup>.

Attraverso le regole di *governance* del prodotto il legislatore europeo impone alle imprese di investimento, sia produttrici che distributrici, una preventiva "mappatura dei prodotti", al fine di poter definire strategie commerciali e di *business* strettamente coerenti con i bisogni e le caratteristiche dei destinatari dei prodotti stessi. Laddove, inoltre, l'azione di *product governance* interna dovesse rivelarsi inadeguata, la nuova regolamentazione europea rafforza il potere delle autorità di controllo, che interverranno in una logica di *Product intervention*, vietando o limitando la commercializzazione, la distribuzione e la vendita di qualsiasi strumento finanziario o deposito strutturato che sollevi gravi timori in merito alla protezione degli investitori<sup>5</sup>. Nelle intenzioni del regolatore europeo, dunque, la combinazione di queste due misure dovrebbe riuscire a scongiurare la commercializzazione di prodotti finanziari poten-

---

<sup>3</sup> Si rinvia, in argomento, al saggio di A. TUCCI, *Profili del contratto nell'investimento finanziario*, in *Riv. Dir. Comm.*, n.2/2016, 363 ss, in cui si affronta il delicato problema del coordinamento tra la disciplina speciale in materia di contratti di investimento e quella generale del contratto contenuta nel codice civile. Ma v. anche BERTI DE MARINIS, *Regolamentazione del mercato finanziario e principio di trasparenza*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 3/2016.

<sup>4</sup> Cfr. sul punto MORLINO, *La product Governance nel regime Mifid 2*, in *Dirittobancario.it*, 8, in cui si sostiene che la disciplina del governo di prodotti propone una regolamentazione della tutela del cliente anticipata alla fase di creazione del prodotto. Viene quindi stabilita, secondo l'a., una modalità di vigilanza dell'intermediario che ne determina non solo i comportamenti e le modalità di interazione con il cliente finale, ma anche le tecniche di strutturazione del prodotto. Negli stessi termini, BERTI DE MARINIS, *Regolamentazione del mercato finanziario e principio di trasparenza*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 3/2016, 992 ss.

<sup>5</sup> Cfr. BUSH, *Product Governance e Product intervention undur MifidIII/Mifir*, in *Regulation of the EU Financial Markets – MiFID II and MiFIR*, cit., 137



zialmente dannosi per l'investitore e per l'ordinato funzionamento e l'integrità dei mercati finanziari.

**3.** – Sempre nella prospettiva di offrire una maggiore protezione agli investitori attraverso la l'introduzione di adempimenti più stringenti in capo agli intermediari, il legislatore europeo appronta una più puntuale disciplina sulla valutazione di adeguatezza.

Come è noto, i c.d. test di adeguatezza rappresentano un obbligo per tutti gli operatori che svolgono operazioni di consulenza finanziaria e di gestione patrimoniale. Già con la prima Direttiva MiFID il legislatore ha imposto al consulente la verifica dell'adeguatezza del prodotto finanziario richiesto o consigliato al cliente, attraverso l'acquisizione di informazioni in merito alla conoscenza ed esperienza del cliente in materia di investimenti finanziari, alla sua situazione finanziaria e ai suoi obiettivi di investimento.

La direttiva MiFID II conferma l'impostazione della precedente regolamentazione, ma aggiunge nuovi obblighi: in particolare nell'individuazione degli strumenti finanziari più adatti al cliente, l'intermediario, nell'ambito delle informazioni sugli obiettivi di investimento, dovrà tenere conto anche della *tolleranza al rischio* del cliente, mentre nell'acquisizione delle informazioni in merito alla situazione finanziaria, dovrà tenere conto anche della capacità del cliente *di tollerare le perdite*<sup>6</sup>. Si tratta di una novità di grande rilievo destinata a modificare profondamente il modo di intendere il servizio di consulenza in futuro. In particolare, il concetto di tolleranza alle perdite, sconosciuto nella precedente regolamentazione, imporrà all'intermediario una valutazione oggettiva della sostenibilità finanziaria dell'investimento da parte del cliente, che andrà necessariamente appurata determinando i livelli di perdite che il cliente è in grado di fronteggiare – appunto perché compatibili con la sua situazione economico-finanziaria, presente e futura – e tali, quindi, da non compromettere il perseguimento degli obiettivi di investimento del cliente stesso.

Sotto questo aspetto, dunque, l'adeguamento al regime MiFID II imporrà a banche ed intermediari la revisione dei questionari e degli algoritmi di profilatura dei

---

<sup>6</sup> Sull'obbligo imposto all'intermediario di tenere conto della tolleranza al rischio dell'investitore, si rinvia a LINCiano-SOCCORSO, *La rilevanza della tolleranza al rischio degli investitori attraverso il questionario*, Consob Discussion Paper, 2012.



clienti, l'introduzione di nuovi presidi operativi e di controllo ai fini della comparazione dei prodotti equivalenti, la revisione della modulistica e dei *report* forniti al cliente al fine di esplicitare le motivazioni per cui il prodotto risulta adeguato.

4. – Sempre nell'ambito delle disposizioni dedicate alle misure volte a rafforzare gli strumenti di tutela degli investitori, ricche di spunti ricostruttivi si presentano le novità normative riguardanti il servizio di consulenza finanziaria e, in particolare, di consulenza finanziaria prestata su base indipendente<sup>7</sup>.

La consulenza offerta su base indipendente non è un nuovo servizio di investimento, ma una specifica modalità attraverso la quale è possibile prestare il servizio di consulenza in materia finanziaria e si caratterizza per le specifiche previsioni che devono essere osservate dalle imprese di investimento<sup>8</sup>. Anzitutto la trasparenza circa la prestazione del servizio: quando l'impresa di investimento informa il cliente che la consulenza verrà fornita su base indipendente, prima di formulare una raccomandazione personalizzata, è obbligata a valutare un'ampia e congrua gamma di strumenti finanziari disponibili sul mercato, che dovranno essere sufficientemente diversificati in termini di tipologia, emittenti o fornitori di prodotti. La sufficiente diversificazione è finalizzata a garantire che gli obiettivi di investimento del cliente siano ampiamente soddisfatti e che la scelta dei prodotti finanziari non sia limitata ai prodotti emessi o

---

<sup>7</sup>Nel nuovo regolamento intermediari la Consob recepisce le importanti novità dettate da Mifid II e da Mifir in tema di consulenti finanziari, tipizza la nuova definizione di consulenza finanziaria voluta dal regolatore europeo e distingue tra:

consulenti finanziari abilitati all'esercizio dell'offerta fuori sede, ridenominando, pertanto, i precedenti promotori finanziari (e sparisce, quindi, detta denominazione);

consulenti finanziari autonomi (indipendenti) che sostituiscono i precedenti consulenti finanziari.

Quindi, nello spirito della disciplina europea, nel nuovo Regolamento Intermediari si indicano le due differenti tipologie di consulenza che possono essere proposte alla utenza, precisandosi che gli intermediari possono prestare il servizio di consulenza sia su base indipendente, sia su base non indipendente, ma con strutture differenziate e che la medesima persona fisica non può offrire contemporaneamente le due forme di consulenza. Nel frattempo, dal 1 dicembre 2018 è attivo l'albo unico dei consulenti finanziari che sostituisce quello dei promotori finanziari ed è stato costituito anche il nuovo Organismo di vigilanza dell'albo unico (OCF) a cui è riservata la funzione di vigilanza sugli iscritti precedentemente attribuita alla Consob. Per una lettura in chiave critica delle novità regolamentari introdotte da Mifid II, cfr. DI MAIO-VIANELLI, *Ricerca in materia di investimenti e inducement nel regime Mifid II: una lettura critica delle novità regolamentari introdotte*, in *dirittobancario*, 2018, 1 ss.

<sup>8</sup>Sulla nuova modalità di fornitura del servizio di consulenza, cfr. DI CIOMMO, *La consulenza finanziaria alla luce della Mifid II: profili giuridici*, in *Riv. trim. dir. econ.*, n. 1/2017; CIVALE-ZITIELLO, *Consulenza e Mifid II: il nuovo assetto a "geometria variabile"*, in *dirittobancario.it*, 2015, 1 ss.

## JUS CIVILE



forniti dalla stessa impresa di investimento o da enti con i quali quest'ultima è collegata o con cui ha rapporti. precisare

In secondo luogo, sempre al fine di assicurare l'effettiva indipendenza della consulenza prestata, la direttiva MiFID II prevede che il servizio venga remunerato direttamente dal cliente beneficiario del servizio stesso (c.d. *fee-only*). In altri termini, è fatto espresso divieto all'impresa di investimento di trattenere qualsiasi genere di incentivo, commissioni, onorari o altri benefici economici, monetari e non, pagati da terzi, in particolare dagli emittenti degli strumenti finanziari oggetto di raccomandazione. Gli *inducement* eventualmente pagati o forniti da terzi, andranno restituiti al cliente appena possibile e non potranno essere compensati. Pur non essendo stabilita una specifica tempistica per l'accredito degli *inducement* al cliente, l'impresa di investimento deve definire una specifica policy per assicurare che questi ultimi siano assegnati e trasferiti a ogni singolo cliente<sup>9</sup>.

Per la consulenza finanziaria indipendente, tuttavia, il legislatore europeo accorda all'impresa di investimento la possibilità di trattenere benefici non monetari di entità minima che possono essere accettati però solo a condizione che (i) siano chiaramente indicati, (ii) siano finalizzati a migliorare la qualità del servizio offerto ai clienti e che (iii) siano di entità tale da non pregiudicare il dovere dell'intermediario di agire nel miglior interesse del cliente. Il miglioramento della qualità del servizio offerto al cliente rappresenta, dunque, una delle condizioni per consentire l'ammissibilità degli incentivi non monetari di minima entità. A tal riguardo l'Esma ha dettato importanti indicazioni sia (i) sulle condizioni che devono essere rispettate dagli intermediari che offrono il servizio di consulenza su base indipendente e il servizio di gestione di patrimoni al fine di ottemperare al divieto di ricevere e trattenere qualsiasi tipo di commissione o incentivo monetario o non monetario da parti terze, sia (ii) sulla definizione di incentivi di lieve entità accettabili.

In particolare gli incentivi non monetari sono di lieve entità quando, per le proprie ridotte dimensioni quantitative, sono ragionevoli e proporzionati e quindi tali da non influenzare il comportamento dell'impresa di investimento a detrimento degli interessi del cliente. Esma, nel proprio *Technical Advice*, ha proposto una lista esaustiva

---

<sup>9</sup> Per una trattazione puntuale della disciplina degli incentivi e, in particolare, dei benefici non monetari di entità minima, si rinvia al saggio di SILVERENTAND, SPRECHER, SIMON, *Inducements*, in *Regulation of the EU Financial Markets – MiFID II and MiFIR*, cit., 216 ss. Ma v. anche PERRONE, *Tanto rumore per nulla? Per un ripensamento sulla disciplina degli inducements*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 2/2016, 129.



delle tipologie di incentivi non monetari di lieve entità, poi interamente trasfusa nel Regolamento intermediari all'art. 54, terzo comma<sup>10</sup>.

Pur essendo l'unica forma di incentivo escluso dal divieto imposto da Mifid II, i *minor non monetary benefits* sono assoggettati ad uno specifico obbligo informativo di tipo preventivo poiché dovranno essere comunicati ai clienti o potenziali tali prima dell'avvio della prestazione del servizio di investimento.

5. – Infine, sempre al fine di incrementare il sistema di garanzie e di protezione per gli investitori nei loro rapporti con gli intermediari finanziari, il regolatore europeo introduce l'obbligo di conservare le registrazioni (c.d. *record keeping*) delle conversazioni telefoniche o delle comunicazioni elettroniche relative alle operazioni di negoziazione per conto proprio e di ricezione, trasmissione ed esecuzione di ordini della clientela e di conservarle “per un periodo di cinque anni e, se richiesto dall'autorità competente, per un periodo fino a sette anni”<sup>11</sup>.

Sebbene la normativa europea statuisca tale obbligo di registrazione solo per i servizi c.d. “esecutivi” (negoziazione per conto proprio, esecuzione di ordini e ricezione e trasmissione di ordini), il nuovo Regolamento Intermediari del febbraio 2018 ha esteso l'obbligatorietà anche ai servizi di consulenza, collocamento e gestione di portafogli. La finalità delle registrazioni è quella di garantire l'esistenza di elementi di prova atti a dimostrare i termini di qualsiasi ordine trasmesso dai clienti e la relativa corrispondenza con le operazioni eseguite dalle imprese di investimento, nonché

---

<sup>10</sup> Secondo l'art. 54, terzo comma, del nuovo Regolamento intermediari i benefici non monetari di minore entità ammissibili nel servizio di consulenza finanziaria sono:

a) le informazioni o la documentazione relativa a uno strumento finanziario o a un servizio di investimento di natura generica ovvero personalizzata in funzione di uno specifico cliente;

b) il materiale scritto da terzi, commissionato e pagato da un emittente societario o da un emittente potenziale per promuovere una nuova emissione da parte della società, o quando il soggetto terzo è contrattualmente impegnato e pagato dall'emittente per produrre tale materiale in via continuativa, purché il rapporto sia chiaramente documentato nel materiale e quest'ultimo sia messo a disposizione di qualsiasi intermediario che desideri riceverlo o del pubblico in generale nello stesso momento;

c) partecipazione a convegni, seminari e altri eventi formativi sui vantaggi e sulle caratteristiche di un determinato strumento finanziario o servizio di investimento;

d) ospitalità di un valore *de minimis* ragionevole, come cibi e bevande nel corso di un incontro di lavoro o di una conferenza, seminario o altri eventi di formazione di cui alla lettera c).

<sup>11</sup> Cfr. art. 16 della Direttiva 2014/65/UE. Quanto disposto dalla Direttiva MiFID 2 in tema di conservazione delle registrazioni è stato recepito a livello nazionale dal Regolamento intermediari adottato con delibera Consob n. 20307 del 15 febbraio 2018 (cfr. Libro IV, Parte IV, articoli 94 e 95).

# JUS CIVILE



di individuare qualsiasi comportamento potenzialmente rilevante in termini di abusi di mercato.

Devono essere oggetto di registrazione tutte le comunicazioni fatte, inviate, ricevute da apparecchi concessi o autorizzati dall'impresa e l'impresa d'investimento è obbligata, inoltre, a tenere un registro di tali apparecchi e un registro delle persone che sono in possesso di dispositivi aziendali o personali autorizzati all'uso.

Dovranno essere documentati anche gli incontri frontali con la clientela (*face to face*), che potenzialmente potranno condurre alla conclusione di un ordine, pertanto sono registrate anche tutte le conversazioni telefoniche e le comunicazioni elettroniche riguardanti richieste di prezzi, sollecitazioni, offerte di acquisto o di vendita, indicazioni di interesse e richieste di preventivi.

Si precisa che sono soggette all'obbligo di registrazione anche le conversazioni e le comunicazioni intercorse tra cliente ed intermediario che non conducono all'effettiva conclusione di operazioni o alla prestazione di servizi. A tal fine gli intermediari sono tenuti ad adottare ogni ragionevole misura per registrare le conversazioni telefoniche e le comunicazioni elettroniche effettuate, anche definendo, implementando e mantenendo una appropriata *policy* scritta.

In particolare tale *policy*, che deve essere periodicamente soggetta a revisione, deve contenere:

- L'identificazione di tutte le registrazioni telefoniche effettuate, comprese le comunicazioni elettroniche intercorse con il cliente;
- La definizione della procedura da seguire e le misure da adottare per essere conformi con i pertinenti requisiti della Mifid II laddove – in circostanze eccezionali – l'intermediario non sia in grado di registrare le conversazioni/comunicazioni.

Al momento dell'entrata in vigore della Mifid II tutte le società operanti nel settore bancario e finanziario si sono dotate una adeguata *policy* interna relativa agli obblighi di registrazione di conversazioni telefoniche e comunicazioni elettroniche e al relativo monitoraggio.

L'obbligo previsto dalla Mifid II di registrazione di tutte le conversazioni telefoniche che riguardano le operazioni concluse in caso di negoziazione per conto proprio e nell'ambito dei servizi di ricezione, trasmissione ed esecuzione degli ordini della clientela potrebbe porre problemi di compatibilità con le nuove disposizioni del



Regolamento europeo 2018/679/ (c.d. GDPR– *General Data Protection Regulation*) per la protezione dei dati personali <sup>12</sup>.

Il legislatore europeo, come è noto, ha avvertito l'esigenza di intervenire in maniera più incisiva sulla protezione dei dati personali, innovando la precedente disciplina e garantendo un "quadro più solido e coerente" in materia.

La c.d. "era digitale o della informazione", caratterizzata dall'ampia diffusione dell'uso dei computer, di internet e delle tecnologie informatiche, ha profondamente modificato quasi tutti i settori dell'economia, imponendo grandi trasformazioni nel modo di conservare, trasmettere e gestire le informazioni, che vengono oggi scambiate in tempo reale e su scala globale. È quindi evidente che il progresso tecnologico abbia portato con sé nuove sfide per la protezione dei dati personali. Il Regolamento 2018/679 nasce appunto in un'ottica di rafforzamento dei diritti dei singoli, di irrobustimento delle misure di protezione previste contro la violazione dei dati e di superamento dei limiti della precedente normativa.

La nuova normativa in materia di trattamento dei dati personali, entrata definitivamente in vigore il 25 maggio 2018, introduce, all'art. 5, due importanti principi applicabili al trattamento dei dati personali: (i) il primo, c.d. della "minimizzazione dei dati personali", attraverso il quale si sancisce la necessità che i dati vengano raccolti per finalità determinate, esplicite e lecite nei limiti di quanto necessario per il raggiungimento dello scopo per i quali sono stati raccolti; (ii) il secondo, che si pone quale corollario del primo, c.d. di "limitazione della conservazione", che attiene invece, al periodo di tempo in cui le informazioni restano a disposizione del titolare del trattamento, che andranno conservate "in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati" <sup>13</sup>

Il nuovo regolamento europeo GDPR, inoltre, tutela la persona fisica i cui dati personali sono oggetto di trattamento non soltanto garantendogli precisi diritti di informazione, ma anche vere e proprie azioni che può intraprendere a tutela della propria *privacy*. Tra questi, oltre al diritto di accesso (art. 15), ci sono quelli alla rettifica (art. 16), alla cancellazione (art. 17) e alla limitazione (art. 18).

Ai sensi dell'art. 16 del Regolamento GDPR, l'interessato ha il diritto di ottenere

---

<sup>12</sup> Per un approfondimento sul nuovo regolamento sulla protezione dei dati personali, v. FINOCCHIARO, *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017

<sup>13</sup> Cfr. art. 5 comma 1 punto e) del GDPR.

# JUS CIVILE



senza ritardo dal titolare del trattamento la rettifica dei dati personali inesatti che lo riguardano e l'integrazione dei dati personali incompleti, anche fornendo una dichiarazione integrativa.

L'art. 17 del Regolamento GDPR accorda, invece, all'interessato il "diritto alla cancellazione o all'oblio"<sup>14</sup>, che opera nei casi in cui il trattamento non sia più necessario, il consenso sia stato revocato o il trattamento era illegittimo sin dall'origine. L'art. 17 del Regolamento GDPR, più dettagliatamente, introduce due differenti diritti in capo all'interessato: quello di richiedere la cancellazione dei dati da parte del titolare del trattamento, regolato dal primo comma, e il diritto all'oblio vero e proprio, ossia l'obbligo del titolare del trattamento, qualora abbia comunicato i dati a terzi, di cancellarli ed informare gli altri titolari della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali.

L'art. 18 del Regolamento, infine, accorda all'interessato anche un diritto alla limitazione che gli consente di graduare le modalità con cui i suoi dati sono trattati, richiedendo che essi siano soltanto conservati dal titolare in via provvisoria. Per effetto di tale richiesta ogni altro trattamento deve considerarsi illecito e sarà possibile soltanto con il consenso dell'interessato o per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria oppure per tutelare i diritti di un'altra persona fisica o giuridica o per motivi di interesse pubblico rilevante dell'Unione o di uno Stato membro.

Ciò detto, tornando all'obbligo imposto da Mifid II di registrare tutte le conversazioni telefoniche o le comunicazioni elettroniche relative a ordini disposti dai clienti, è indubbio che le registrazioni in questione, contenendo i dati personali dell'investitore, costituiscano una forma di trattamento dei dati relativi alle transazioni finanziarie idonea a rientrare nell'ambito di operatività del nuovo Regolamento euro-

---

<sup>14</sup>L'art. 17 del Regolamento GDPR dispone che "L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei motivi seguenti: i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati; l'interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento e se non sussiste altro fondamento giuridico per il trattamento; l'interessato si oppone al trattamento e non sussiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento; i dati personali sono stati trattati illecitamente; i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo legale previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento; i dati personali sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione". Sul diritto alla cancellazione, cfr., in dottrina, DI CIOMMO, *Il diritto all'oblio (oblito) nel Regolamento UE 2016/679 sul trattamento dei dati personali*, in *Foro it.*, 2017, V, 306; BONAVIDA-PARDOLESI, *GDPR e diritto alla cancellazione (oblio)*, in *Danno e resp.*, n. 3/2018, 269 ss.

# JUS CIVILE



peo. Il GDPR sembra, quindi, destinato ad incidere, sotto questo aspetto, sulla regolamentazione europea in materia di mercati finanziari e potrebbero, pertanto, porsi problemi di compatibilità tra le due normative.

A tal riguardo deve precisarsi che, proprio in considerazione della particolare delicatezza del tema trattato, nel Considerando 57 della Direttiva MiFID 2 si precisa che l'obbligo di registrazione: "è compatibile con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la Carta) ed è giustificata in un'ottica di maggiore tutela degli investitori, miglioramento della sorveglianza del mercato e aumento della certezza giuridica nell'interesse delle imprese di investimento e dei loro clienti [...] Le registrazioni in questione dovrebbero garantire l'esistenza di elementi di prova atti a dimostrare i termini di qualsiasi ordine trasmesso dai clienti e la relativa corrispondenza con le operazioni eseguite dalle imprese di investimento, nonché a individuare qualsiasi comportamento potenzialmente rilevante in termini di abusi di mercato, anche quando le imprese negoziano per conto proprio".

Il legislatore europeo, in altri termini, avverte l'esigenza di precisare che questa particolare forma di trattamento dei dati da parte dell'intermediario non solo si impone quale strumento di tutela degli investitori, ma trova fondamento anche nella esigenza di salvaguardia del buon funzionamento del mercato finanziario, consentendo l'individuazione di comportamenti rilevanti in termini di abusi di mercato.

Sotto questo profilo, dunque, le registrazioni telefoniche trovano fondamento in un obbligo di legge cui è tenuto l'intermediario, che appare integrare una delle condizioni di liceità del trattamento richiamate dall'art. 6, comma 1, lettera c, del Regolamento GDPR e, pertanto, almeno *prima facie*, le due normative appaiono astrattamente compatibili<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Il Regolamento GDPR conferma che ogni trattamento deve avere il proprio fondamento in una idonea base giuridica. A tal riguardo, all'art. 6, rubricato, "Liceità del trattamento", si individua il fondamento della liceità, riprendendosi in linea di massima, i principi contenuti nella precedente regolamentazione del Codice della privacy:

1. Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni:
  - a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità;
  - b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso;
  - c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento;
  - d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica;

# JUS CIVILE



Ci si chiede, non di meno, se il trattamento dei dati rivenienti dalle registrazioni telefoniche possa entrare in conflitto con i principi definiti nel regolamento GDPR.

Per quanto attiene, ad esempio, al *retention period* di 5-7 anni imposto da Mifid II, non sembrano sussistere elementi di conflittualità con il principio generale stabilito dal GDPR della “limitazione della conservazione”, che impone che i dati vengano trattati per un periodo di tempo non superiore a quello necessario al conseguimento delle finalità per le quali sono rilevati. I tempi di conservazione dei dati imposti dal GDPR, infatti, variano al variare delle specifiche finalità perseguite attraverso il trattamento e, pertanto, i dati possono e devono essere conservati fino a quando li stessi siano necessari al raggiungimento della finalità per la quale sono stati raccolti.

La finalità della registrazione imposta da Mifid II, come si è detto, è principalmente quella di i) garantire la sussistenza di prove sufficienti per dimostrare i termini di ogni ordine fornito dai clienti e la loro corrispondenza con le transazioni eseguite dalla Banca e (ii) di consentire all’autorità competente di espletare i propri compiti di vigilanza e di verificare che le imprese di investimento abbiano adempiuto tutti gli obblighi, compresi quelli nei confronti dei clienti o potenziali clienti e quelli relativi all’integrità del mercato. Ebbene, sotto questo profilo, il periodo di tempo imposto da Mifid II per la conservazione delle registrazioni telefoniche delle conversazioni intrattenute con i clienti potrebbe addirittura considerarsi insufficiente per il raggiungimento della finalità del trattamento. Se, infatti, l’obbligo di conservazione delle registrazioni telefoniche con la clientela è posto a carico degli intermediari per dimostrare il corretto adempimento degli obblighi imposti dalla normativa – consentendo, quindi, anche all’intermediario di tutelare i propri diritti nelle controversie con gli investitori – il tempo di conservazione dei dati avrebbe dovuto come minimo coincidere con il termine prescizionale dei diritti scaturenti dalle operazioni di investimento. È, pertanto, immaginabile che gli intermediari conserveranno le registrazioni telefoniche per un periodo di tempo più lungo, che, tuttavia, non dovrebbe eccedere quello previsto dalla disciplina della prescrizione.

Ci si chiede, inoltre, se la Mifid II e la relativa normativa interna di recepimento

---

e) il trattamento è necessario per l’esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all’esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento;

f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell’interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l’interessato è un minore.

La lettera f) del primo comma non si applica al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell’esecuzione dei loro compiti.

# JUS CIVILE



possa ritenersi una specifica misura legislativa idonea a limitare la portata degli obblighi e dei diritti rispettivamente imposti e riconosciuti dal GDPR. L'art. 23 del Regolamento GDPR, sottolinea, infatti, che il diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento può limitare, mediante misure legislative, la portata degli obblighi e dei diritti di cui agli articoli da 12 a 22 e 34, nonché all'articolo 5, "qualora tale limitazione rispetti l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per salvaguardare tutta una serie di interessi considerati primari e che nell'ottica del principio del pari grado vanno preferiti alle ragioni dell'interessato".

Fra le condizioni suscettibili di giustificare la suddetta limitazione sono citati, in particolar modo: "la prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento di reati (la Mifid II si propone di contrastare gli abusi di mercato); "importanti obiettivi di interesse pubblico generale dell'Unione europea o di uno Stato membro, in particolare un rilevante interesse economico o finanziario dell'Unione o di uno Stato membro"(la Mifid II ha la finalità di assicurare il corretto funzionamento dei mercati finanziari); "La tutela dell'interessato" (la Mifid II si pone come obiettivo prioritario la tutela dell'investitore).

Si potrebbe concludere, quindi, che nel trattamento dei dati relativi alle transazioni finanziarie, si è in presenza di una legge speciale (MIFID II) che opera in deroga ad una legge generale (GDPR). L'aspetto che pone, però, una potenziale problematica dal punto di vista del GDPR è il trattamento degli altri dati personali che potrebbero essere contenuti nelle registrazioni effettuate dagli intermediari. Per giustificarne la conservazione (che costituisce, ai sensi del GDPR, una forma di trattamento) non si potrebbe invocare come fondamento di legittimità il rispetto di un obbligo di legge.

È lo stesso Garante europeo per la protezione dei dati a sottolineare che<sup>16</sup>: "[s]pesso le società operanti nel settore dei servizi finanziari registrano il contenuto delle conversazioni relative alle transazioni. Anche se le conversazioni in questione riguardano solo o principalmente le transazioni finanziarie o le attività professionali

---

<sup>16</sup>"Often companies in the financial services sector record the content of the conversations concerning transactions. Even where the conversations in question relate wholly or primarily to financial transactions or professional activities, records of these communications include personal data and access to this information by competent authorities represents a significant interference with the right to privacy" (cfr. EDPS, *Guidelines on data protection in EU financial services regulation*, in [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-11-25\\_financial\\_guidelines\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-11-25_financial_guidelines_en.pdf), 2014, 26).

# JUS CIVILE



svolte, le registrazioni di queste comunicazioni includono dati personali e l'accesso a queste informazioni da parte delle autorità competente rappresenta una fonte di significativa interferenza con il diritto alla privacy”.

Si tenga, inoltre, conto del fatto che la MiFID 2 impone la registrazione e la conservazione anche di quegli scambi, telefonici o telematici, che non si concludono poi effettivamente con l'esecuzione di operazioni o la prestazione di servizi. Risulta, quindi, difficile circoscrivere l'ambito esatto di applicazione della Direttiva, in quanto tutte le interazioni con la clientela potrebbero potenzialmente rientrare in tale casistica. Ai sensi del GDPR, tuttavia, questo *modus operandi* pone delle problematiche, lasciando quindi gli intermediari incerti sulla scelte delle *best practice* da adottare.



**CASSAZIONE CIVILE, VI Sez. civile - III, ordinanza 14 maggio 2018, n. 11689**

**Il carattere sostanzialmente alimentare dell'assegno di mantenimento a beneficio dei figli, in regime di separazione, comporta la non operatività della compensazione del suo importo con altri crediti. Il credito per il contributo al mantenimento, non essendo disponibile, né rinunciabile non è neppure compensabile. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva escluso la compensazione tra credito per spese di lite e credito derivante dal mancato pagamento di ratei dell'assegno di mantenimento cumulativamente dovuto per l'ex moglie e le figlie).**

## **RAGIONI IN FATTO E IN DIRITTO DELLA DECISIONE**

(OMISSIS) propone due motivi di ricorso per cassazione illustrati da memoria avverso la sentenza della Corte d'Appello di Roma n. 785 del 2017, depositata il 2.2.2017.

L'intimato (OMISSIS) non ha svolto attività difensiva in questa sede.

Questa la vicenda, per quanto qui ancora interessa.

il (OMISSIS) notificava alla ricorrente un precetto, relativo al pagamento di spese di lite; la (OMISSIS) proponeva opposizione, opponendo in controcredito alcuni ratei per il mantenimento suo e delle figlie, non corrisposti dal (OMISSIS).

Il Tribunale di Cassino rigettava l'opposizione, ritenendo che il credito della (OMISSIS) fosse precedente alla formazione giudiziale del titolo vantato del (OMISSIS), e che pertanto in quella sede dovesse essere fatto valere.

La Corte d'Appello confermava il rigetto della opposizione, sebbene sulla base di una diversa motivazione. Riteneva che il credito opposto in compensazione dalla (OMISSIS) non fosse né certo né liquido né esigibile, in quanto la ricorrente opponeva in compensazione il credito derivante dal mancato pagamento, da parte dell'ex coniuge, di alcuni ratei dell'assegno di mantenimento cumulativamente dovuto sia per la (OMISSIS) che per le due figlie, mentre avrebbe potuto opporre in compensazione solo un credito proprio, e che non fosse neppure chiaro come imputare il pagamento parziale fatto dall'ex marito.

# JUS CIVILE



Con il primo motivo, la ricorrente si limita ad asserire, senza neppure provare ad argomentare, che la decisione del giudice di merito sul punto sia priva di una logica motivazione. Ridotto ad una mera affermazione, il motivo è inammissibile.

Con il secondo motivo indica la violazione degli articoli 156, 155 e 337 ter c.c. laddove la corte di merito ha affermato che il suo controcredito non fosse opponibile in compensazione al credito vantato dall'ex marito perché non certo, in quanto nella somma della quale ella si dichiarava debitrice sarebbero confluite somme dovute dal (OMISSIS) alla (OMISSIS) e somme da questi dovute alle figlie.

Sostiene la ricorrente che avrebbe errato il giudice di merito nel ritenere incerto l'importo effettivamente dovuto, in quanto della somma complessiva sarebbero state creditrici, senza che la (OMISSIS) precisasse gli importi, sia la ricorrente che le figlie.

Sostiene che sia che il credito relativo al contributo al mantenimento, fosse dovuto al mantenimento proprio sia che fosse dovuto a quello delle figlie, era comunque un credito proprio, e come tale compensabile, a prescindere dall'ammontare del contributo per le figlie.

Il motivo è infondato.

La ricorrente non tiene conto del fatto che il carattere sostanzialmente alimentare dell'assegno di mantenimento a beneficio dei figli, in regime di separazione, comporta la non operatività della compensazione del suo importo con altri crediti (Cass. n. 23569 del 2016). Il credito per il contributo al mantenimento, non essendo disponibile né rinunciabile, non era neppure compensabile. A ciò si aggiunga che la corte di appello ha escluso, con accertamento in fatto non in questa sede rinnovabile, che il credito che la (OMISSIS) intendeva opporre in compensazione fosse certo, liquido ed esigibile, atteso che non risultava chiaro né quanta parte dell'assegno fosse correlata al mantenimento della ricorrente e quanta al mantenimento delle figlie, né a quali importi imputare gli acconti versati dall'ex marito.

Il ricorso va pertanto rigettato.

Nulla sulle spese, non avendo l'intimato svolto attività difensiva in questa sede.

Il ricorso per cassazione è stato proposto in tempo posteriore al 30 gennaio 2013, e la ricorrente risulta soccombente, pertanto egli è gravato dall'obbligo di versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1 bis dell'articolo 13, comma 1 quater del Decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002.

# JUS CIVILE



P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Da' atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte della ricorrente di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale.

Così deciso in Roma, nella Camera del Consiglio della Corte di Cassazione, il 7 marzo 2018.

Depositato in Cancelleria il 14 maggio 2018



*FABRIZIO PONZÙ DONATO*

*Dottorando di ricerca – Università di Messina*

## **L'ASSEGNO DI MANTENIMENTO A BENEFICIO DEI FIGLI NON È COMPENSABILE**

*SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. La natura alimentare dell'assegno di mantenimento a beneficio dei figli in regime di separazione. – 3. La non compensabilità del credito derivante da assegno di mantenimento dei figli con altri crediti. – 4. Mantenimento nei confronti del coniuge e mantenimento nei confronti del figlio nell'ambito del regime di compensazione dei crediti. – 5. La possibile giustificazione della compensabilità del credito: il riferimento all'entità del contributo.*

1. – Con l'ordinanza in esame la Corte di Cassazione, affronta il caso di un ex coniuge che aveva notificato un precetto per il pagamento di spese di lite alla ex moglie, la quale aveva proposto opposizione facendo valere in controcredito alcuni ratei per il mantenimento suo e delle figlie.

Il Tribunale di Cassino rigettava l'opposizione, ritenendo che il credito della ex moglie fosse antecedente alla formazione del titolo vantato dall'ex coniuge e che pertanto dovesse essere fatto valere solo in quella sede.

A fronte di tale decisione, veniva proposto gravame innanzi alla Corte di Appello, che confermava il rigetto dell'opposizione ma sulla base di una diversa motivazione, ovvero ritenendo che il credito opposto in compensazione dalla ex moglie non fosse né certo, né liquido, né esigibile, poiché la ricorrente opponeva in compensazione il credito derivante dal mancato pagamento da parte dell'ex coniuge di alcuni ratei dell'assegno di mantenimento cumulativamente dovuto sia per l'ex moglie sia per le due figlie, mentre avrebbe dovuto opporre in compensazione solo un credito proprio.

Proposto ricorso per Cassazione, i giudici di legittimità, con l'ordinanza in commento, rigettano il ricorso presentato dalla ex moglie e confermano un principio già

# JUS CIVILE



affermato<sup>1</sup>, statuendo che il carattere sostanzialmente alimentare dell'assegno di mantenimento a beneficio dei figli, in regime di separazione, comporti la non operatività della compensazione del suo importo con altri crediti.

2. – La tematica della natura dell'assegno di mantenimento a beneficio dei figli in regime di separazione è già stata oggetto di analisi da parte dei giudici di legittimità<sup>2</sup> e affrontata da tempo dalla dottrina<sup>3</sup>.

Recentemente la natura alimentare dell'assegno è stata ribadita anche dalla giurisprudenza di merito<sup>4</sup>, assumendo che il diritto al mantenimento presuppone come base minima il diritto agli alimenti, di modo che finalità e funzione rendono assimilabili obblighi di carattere alimentare e di mantenimento, posti entrambi a tutela dei doveri di solidarietà nascenti dal rapporto di filiazione. Il carattere alimentare dell'assegno di mantenimento comporta che lo stesso venga consumato, non appena si palesi la necessità, per tutte quelle esigenze di vita del beneficiario che risultano manifeste<sup>5</sup>.

Accedendo a questa tesi, il presupposto normativo giustificativo del diritto al mantenimento vantato dal figlio è rappresentato dall'art. 315 bis c.c., cosicché non ha prevalente carattere patrimoniale in quanto dà luogo a determinate pretese creditorie che il genitore è tenuto a soddisfare nel corso del rapporto di filiazione.

Tale diritto di mantenimento non viene meno in seguito alla crisi matrimoniale della coppia culminata con la separazione dei coniugi e conseguentemente i suoi caratteri si riversano sul contenuto e gli effetti dell'assegno di mantenimento, il quale non deve dunque intendersi limitato a quanto è necessario per la crescita e la forma-

---

<sup>1</sup> Sul punto vedasi Cass. civ. Sez. VI, 18 novembre 2016, n. 23569 in *www.iusexplorer.it*, in cui la Suprema Corte ha affermato il carattere alimentare dell'assegno di mantenimento a beneficio dei figli, nell'ambito della separazione e la non operatività della compensazione dell'importo del mantenimento con altri crediti.

<sup>2</sup> Cfr. *ex multis* Cass. civ. Sez. VI, 18 settembre 2013, n. 21273 in *www.iusexplorer.it*; Cass. civ. Sez. III, 19 luglio 1996, n. 6519 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 443.

<sup>3</sup> V. sul punto C. M. Bianca, *Diritto civile 2.1. La famiglia*, Milano, 2018, 224 e ss; G. Bonilini, *L'assegno post-matrimoniale*, in G. Bonilini, F. Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, 572 ss.

<sup>4</sup> Trib. Catania, Sez. I, 2 novembre 2017 n. 4575, in *www.iusexplorer.it*.

<sup>5</sup> Sul punto v. A. Arceri, *La compensazione come mezzo di estinzione delle obbligazioni di mantenimento, tra utopia e realtà*, in *Fam. Dir.*, 2010, 6, 600 e ss.

# JUS CIVILE



zione dei figli ma deve essere idoneo a garantirgli il tenore di vita adeguato alle sostanze della famiglia<sup>6</sup>.

L'art. 433 c.c. prevede altresì l'obbligo alimentare incombente in capo ai genitori.

Può ritenersi che il contenuto dell'assegno di mantenimento sia più ampio di quello alimentare ma al tempo stesso quest'ultimo è da intendersi ricompreso nel citato obbligo dedotto *ex lege* e conseguentemente idoneo a tutelare le esigenze dei figli.

La tutela dei figli è dovuta alla posizione di debolezza che questi ricoprono nel nucleo familiare al fine di evitare che risultino eccessivamente gravati dalle conseguenze della lacerazione del rapporto coniugale e proprio in tale ottica deve essere letta la collocazione della disciplina della filiazione in un autonomo ambito nel capo secondo del nono titolo del libro primo del codice civile (art. 337 bis c.c.)<sup>7</sup>.

**3.** – La *vexata quaestio* inerente il problema della compensabilità tra i crediti di mantenimento, aventi natura alimentare, vantati dal coniuge separato ed altre spettanze di cui l'altro coniuge successivamente alla separazione ritiene avere diritto, va affrontata alla luce dell'art. 447 c.c., il cui secondo comma dispone che: “*L'obbligato agli alimenti non può opporre all'altra parte la compensazione, neppure quando si tratta di prestazioni arretrate*”. L'art. 447 c.c. tuttavia si riferisce espressamente alla non operabilità della compensazione con riferimento ai crediti di natura alimentare. Orbene per giustificare l'applicazione della disposizione ai crediti inerenti obblighi di mantenimento nei confronti della prole, è necessario accedere alla qualificazione fatta propria dalla giurisprudenza, del carattere sostanzialmente alimentare<sup>8</sup> dell'assegno di mantenimento.

Alla soluzione opposta, per la non operatività del divieto, si accede utilizzando come fondamento normativo l'art. 1246 n. 5 c.c. in cui è statuito che la compensazione non può operare solo dove esista un divieto dettato dalla legge.

L'art. 447 c.c., rappresenterebbe dunque un'eccezione al principio generale della

---

<sup>6</sup> Cfr. Cass. civ. Sez. VI, 18 settembre 2013, n. 21273 in *www.iusexplorer.it*, in cui si riconosce che la prole, a seguito della separazione personale tra coniugi, abbia diritto ad un mantenimento tale da garantirgli il tenore di vita corrispondente alle risorse economiche della famiglia, di modo da fornire piena applicazione al principio di cui all'art. 147 c.c., inerente il dovere incombente sui genitori di mantenere, istruire ed educare i figli.

<sup>7</sup> C. M. Bianca, *cit.*, 224 e ss.

<sup>8</sup> Cass. civ. Sez. VI-3, 14 maggio 2018, n. 11689, in *www.iusexplorer.it*

# JUS CIVILE



libera operatività della compensazione e si riferirebbe a tassative ipotesi, non passibili di estensione analogica ai crediti derivanti da assegni di mantenimento dovuti alla prole<sup>9</sup>.

Ed invero la Suprema Corte ha statuito che il credito derivante da assegno di mantenimento attribuito dal giudice al coniuge separato senza addebito di responsabilità, trova la sua fonte legale nel diritto all'assistenza materiale inerente al vincolo coniugale e non nell'incapacità della persona che versa in stato di bisogno e non è in grado di provvedere al proprio mantenimento<sup>10</sup>.

In dottrina si è rilevato come sussistano rilevanti ed incolmabili differenze, seppur a fronte di altrettante analogie, tra alimenti e mantenimento<sup>11</sup>.

L'assegno di mantenimento si caratterizza per evidenti tratti solidaristici, riferibilità a criteri determinativi inerenti le condizioni economiche e personali dei coniugi e per essere fondato su obblighi di natura assistenziale.

Di contro il credito alimentare trova la propria giustificazione nell'incapacità della persona che versa in stato di bisogno di procurarsi quanto necessario per soddisfare le primarie esigenze di sopravvivenza mentre il mantenimento trova la sua fonte legale nel diritto all'assistenza materiale che incombe su entrambi i coniugi durante la vita matrimoniale.

Alimenti e mantenimento rappresentano dunque concetti ben distinti tra loro, al punto da non permettere di trasporre interamente i principi governanti ciascuna di queste materie all'altra e viceversa<sup>12</sup>, poiché il diritto al mantenimento a differenza del primo, sorge automaticamente in ragione dell'esistenza di uno *status* familiare e comprende un dovere di cura estraneo all'obbligazione alimentare<sup>13</sup>.

Si è rimarcata inoltre la differenza ontologica sussistente tra la funzione assistenziale e quella alimentare, sottolineando come l'assegno di mantenimento sia diretto a soddisfare esigenze non necessariamente di carattere alimentare, bensì più propria-

---

<sup>9</sup> Cass. civ. Sez. III, 19 luglio 1996, n. 6519 *cit.*, 443, che si è pronunciata con riferimento ad una vicenda in cui il marito pretendeva di compensare i crediti di mantenimento vantati dalla moglie con gli importi versati nel di lei interesse, a titolo di spese condominiali.

<sup>10</sup> Sul punto v. A. Arceri, *op. cit.*, 603.

<sup>11</sup> Sul punto v. O. Sesso, *Sulla natura alimentare del credito basato su obblighi di mantenimento e sulla operatività della compensazione legale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 446 e ss.

<sup>12</sup> G. Oberto, *Contratti e famiglia*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, VI, Milano, 2006, 105 e ss.

<sup>13</sup> V. sul punto R.M. Bova, in *Diritto di Famiglia, formulario commentato, profili sostanziali e procedurali* a cura di M. Trimarchi e P. Conder, art. 445, Milano, 2010, 1798.



mente tendenti ad assicurare la conservazione di un tenore di vita non dissimile da quello goduto durante il periodo matrimoniale.

La differenza tra assegno di mantenimento ed assegno alimentare appare ulteriormente desumibile dal testo dell'art. 156 c.c. che subordina la corresponsione di un assegno alimentare all'ipotesi di pronuncia di separazione con addebito, basandosi sul presupposto che il coniuge cui sia imputabile la rottura del regime coniugale non abbia diritto al mantenimento<sup>14</sup>.

Altri autori hanno giustificato la distinzione tra l'assegno di mantenimento rispetto a quello alimentare, ricollegandola alla funzione dell'addebitamento della separazione, la quale consente al coniuge offeso dalla condotta dell'altro di liberarsi da ogni rapporto che possa prolungare una speciale solidarietà tra i coniugi, riconducendo il vincolo al minimo livello comune alle altre relazioni previste, come obbligo alimentare<sup>15</sup>.

**4.** – Un argomento potenzialmente utilizzabile per giustificare la compensabilità è, secondo la Corte<sup>16</sup>, quello inerente la modesta entità del contributo, pur tuttavia senza una precisazione del limite minimo utilizzabile.

Ed invero secondo la Cassazione gli assegni di mantenimento di non rilevante importo, avrebbero natura schiettamente alimentare, al punto che la giustificabilità della compensazione tra i crediti verrebbe a contrastare con il divieto di cui agli artt. 447 e 1246 n. 5 c.c..<sup>17</sup>

L'art. 1246 n. 5 c.c. in particolare dispone la non operabilità della compensazione nel caso in cui esista un divieto dettato dalla legge e costituisce dunque un'eccezione al principio di generale operatività della compensazione, riferendosi ad ipotesi tassative, non passive di estensione analogica.

Anche tale considerazione tuttavia è stata criticata in dottrina<sup>18</sup>, principalmente perché non necessariamente un assegno di mantenimento di modesto importo viene determinato in quanto il precettore si venga a trovare in uno stato di bisogno. Talvol-

---

<sup>14</sup>O. Sesso, *op. cit.*, 446 e ss.

<sup>15</sup>P. Zatti, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1996, 237 e ss.

<sup>16</sup>Cass. civ. Sez. III, 19 luglio 1996, n. 6519 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 443.

<sup>17</sup>Sul punto v. A. Arceri, *op. cit.*, 602.

<sup>18</sup>G. Oberto, *op. cit.*, 105 e ss.



ta ciò può infatti avvenire per tentare di perequare le posizioni dei coniugi che dispongono di redditi individuali al di sopra del livello della mera sussistenza.

Trattasi dunque di criterio, quello inerente la scarsa entità dell'importo dovuto a titolo di assegno di mantenimento, alquanto imprevedibile in particolare nelle sue applicazioni pratiche, non essendo in alcun modo pregiudicabile la patrimonialità dei soggetti obbligati dalla corresponsione dell'assegno di mantenimento e non essendo tale criterio applicabile analogicamente alla situazione inerente la corresponsione di detto assegno alla prole, tenuto conto della differente connotazione del contributo<sup>19</sup>.

**5.** – A fronte delle diverse posizioni assunte in dottrina, la giurisprudenza si è orientata – come si è visto – nel ritenere che la compensazione, intesa come modalità satisfattiva alternativa di adempimento di un'obbligazione, non possa essere applicabile per i crediti di mantenimento, in virtù di un prudente atteggiamento restio ad aprire i battenti ad un ulteriore profilo di disponibilità di tali crediti.

Tuttavia non tutti gli assegni di mantenimento possono ritenersi uguali e soprattutto non tutte le somme indicate nell'assegno possono intendersi riferibili ai medesimi soggetti del nucleo familiare, come nella vicenda giurisprudenziale qui in commento<sup>20</sup>, in cui non risulta chiaro quale parte dell'assegno sia da imputare al mantenimento della ex coniuge e quale al mantenimento dei figli.

La differenza tra l'attribuzione dell'assegno di mantenimento al coniuge o al figlio assume connotati di estrema rilevanza soprattutto con riferimento ai parametri su cui si viene a fondare, poiché la determinazione del contributo dovuto ai figli non si basa su una rigida comparazione della situazione patrimoniale di ciascun coniuge<sup>21</sup>, bensì tenendo conto delle normali esigenze del figlio rapportate al tenore di vita goduto durante la convivenza dei genitori<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Sul punto v. A. Arceri, *op. cit.*, 605.

<sup>20</sup> Cass. civ. Sez. VI-3, 14 maggio 2018, n.11689, *cit.*

<sup>21</sup> V. Amendolagine, *L'assegno di mantenimento e divorzile nella giurisprudenza*, in *Corr. giur.*, 2014, III, 414.

<sup>22</sup> Cass. civ. 2011, n. 13459, in *Giust. civ.*, 2012, I, 176: nella determinazione dell'assegno a favore dei figli, e nella revisione dello stesso, costituisce elemento rilevante il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i coniugi, fermo restando, però, che tale tenore di vita deve essere valutato in relazione a quello che i genitori, sono in grado di dare in ragione della loro situazione economica di ogni periodo della loro vita, e ciò sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica della prole. Sia che si tratti di assegno perequativo o di assegno esclusivo, il figlio deve quindi beneficiare del miglora-

# JUS CIVILE



In caso di mantenimento dovuto alla prole successivamente alla separazione personale dei coniugi, continua a trovare applicazione l'art. 147 c.c. che statuisce il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, obbligando conseguentemente i genitori a far fronte ad una molteplicità di esigenze da ricondurre non tanto all'obbligo alimentare quanto piuttosto a quello abitativo, scolastico, sportivo, sanitario e sociale, all'assistenza morale e materiale, alla predisposizione di una stabile organizzazione domestica, idonea a rispondere a tutte le necessità di cura ed educazione<sup>23</sup>.

L'obbligo di mantenimento nei confronti del coniuge ha invece lo scopo di ovviare alle insufficienze di reddito del coniuge debole in modo da potergli consentire di provvedere alle proprie esigenze di vita<sup>24</sup>.

Pertanto le maggiori potenzialità economiche del genitore affidatario permettono di garantire al minore un migliore soddisfacimento delle sue esigenze di vita, senza però comportare una diminuzione proporzionale del contributo posto a carico dell'altro genitore<sup>25</sup>.

Tuttavia, giova precisare come il fenomeno compensativo garantisca l'elisione di due reciproche posizioni debitorie fino al limite della loro concorrenza quando i due soggetti coinvolti siano ciascuno debitore e al tempo stesso creditore dell'altro e cioè nella simmetrica situazione in cui il diritto all'adempimento è bilanciato e neutralizzato dal contestuale obbligo di adempimento<sup>26</sup>.

Presupposti dunque della compensazione legale sono ordinariamente individuati nella reciprocità dei debiti, nell'omogeneità, nella certezza, nella liquidità, nell'esigibilità, nell'autonomia dei rapporti<sup>27</sup>.

Orbene, la Suprema Corte ha statuito che: *“non risultava chiaro né quanta parte dell'assegno fosse correlata al mantenimento dei figli, né a quali importi imputare*

---

mento della condizione economica del genitore, a prescindere dalla sua prevedibilità. L'obbligo del mantenimento permane infatti a seguito della crisi del rapporto genitoriale, la quale non deve privare il figlio di ciò che gli spetta durante la convivenza del nucleo familiare.

<sup>23</sup> Cass. civ. 18 settembre 2013, n. 21273, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>24</sup> G. Ferrando, *Diritto di Famiglia*, Torino, 2017, 190.

<sup>25</sup> Cass. civ. 24 luglio 2007, n.1607, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, 3, 1133.

<sup>26</sup> A. Gorassini– F. Tescione, *Della compensazione*, in *Cod. civ. Comm.* fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2016, 29.

<sup>27</sup> C.M. Bianca, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1990, 481 e ss.; P. Perlingieri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1974, 292.

# JUS CIVILE



*gli acconti versati dall'ex marito*"<sup>28</sup>, con conseguente impossibilità della qualificazione del suddetto credito come "proprio" ed assenza dei requisiti di reciprocità dei debiti e omogeneità nei confronti della ricorrente e successiva impossibilità di configurare l'applicabilità del regime della compensazione legale dei crediti.

Tale assunto vale anche in considerazione dell'assenza del requisito della certezza, della liquidità e dell'esigibilità, quest'ultima intesa quale caratteristica inerente l'assenza di impedimenti giuridici all'esercizio libero ed immediato della pretesa creditoria<sup>29</sup>.

La mancanza dei requisiti citati è rilevabile nel caso di specie anche in virtù dell'assenza di accordo delle parti coinvolte, che avrebbe invece permesso di ritenere il diritto liquido ed esigibile<sup>30</sup>, derogando al principio della proporzionalità dell'obbligo di mantenimento<sup>31</sup> ed anche in virtù della mancata imputazione del credito ad una prestazione dovuta dall'ex marito, in quanto genericamente l'importo inerente i ratei dell'assegno di mantenimento doveva ritenersi cumulativamente dovuto sia per la ex moglie che le due figlie.

La *ratio* giustificativa del divieto di compensazione dei crediti derivanti da assegno di mantenimento dovuto alla prole e all'ex coniuge in regime successivo alla separazione dei coniugi con crediti di altra natura, nel caso qui in commento, sarebbe dunque da ricercare non tanto nel carattere alimentare di tale prestazione quanto più propriamente nell'assenza dei requisiti della certezza, della liquidità e dell'esigibilità della prestazione imputabile al contenuto generico dell'assegno di mantenimento, oggetto di contestazione.

---

<sup>28</sup> Cass. civ. Sez. VI-3, 14 maggio 2018, n.11689, *cit.*

<sup>29</sup> D. Maffei, in D. Maffei-A. Fondrieschi-C. Romeo, *I modi di estinzione delle obbligazioni*, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2012, 125; A. Di Majo, *Le obbligazioni*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, a cura di Castronovo e Mazzamuto, Milano, 2007, 171.

<sup>30</sup> Per la riconduzione degli accordi in tema di assegno alla categoria dei negozi di accertamento (con efficacia esplicantesi soprattutto sul piano probatorio) si veda E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, Milano, 1983, 221.

<sup>31</sup> P. Perlingeri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 976.



ANDREA BELVEDERE

Professore ordinario di Diritto civile – Università di Pavia

## ALCUNI ASPETTI DEL *DRAFTING* LEGISLATIVO\*

Intendo occuparmi del *lessico* dei testi legislativi, nella prospettiva delle combinazioni di significati e *significanti*<sup>1</sup>, anche se emerso dal dibattito di oggi che il *Drafting* legislativo può essere esaminato su diversi piani: da quello dello stile “letterario” delle disposizioni legislative<sup>2</sup>, a quello della idoneità della loro struttura sintattica ad esprimere i precetti<sup>3</sup>, a quello della articolazione di un intero testo legislativo, ecc.

I discorsi sul *Drafting* sono sempre prevalentemente prescrittivi, ed anche io non mi sottrarrò a questa impostazione, utilizzando esempi tratti dalla attuale legislazione per segnalare rischi ed errori da evitare. Tuttavia mi interessa maggiormente porre delle domande, piuttosto che suggerire delle mie risposte (che, ovviamente, potrebbero non essere condivise da altri).

Volendo quindi parlare delle scelte terminologiche che dovrebbero fare gli ipotetici revisori del Codice Civile, ed avendo colto nei partecipanti a questo convegno una certa (e giusta) preoccupazione per i rischi connessi al “restauro” di un simile monumento legislativo (considerando la qualità della attuale produzione legislativa),

---

\* Il presente scritto riproduce, con poche modifiche e l’aggiunta delle note, quanto detto in occasione dell’incontro *Il drafting legislativo (per una revisione del codice civile)* organizzato il 25 gennaio 2019, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università Roma Tre, dall’Associazione Civilisti Italiani.

<sup>1</sup> Intendendo per *significanti* le parole considerate in sé stesse, sul piano grafico (e fonetico).

<sup>2</sup> Ad es. rilevando che i linguisti segnalano l’abuso nel linguaggio giuridico della collocazione dell’aggettivo prima del sostantivo, o notando che il legislatore usa talora forme verbali o costrutti sintattici desueti (“preveduto” invece di “previsto”: art. 305 cod. civ.; “così ... come” invece di “sia...sia”: art. 1223 cod. civ.). Alcuni termini, come *recepimento* (v., ad es., l’art. 8, 1° co., Cod. Cons.) non si trovano neppure nei dizionari della lingua italiana.

<sup>3</sup> Si può dare il caso di disposizioni legislative la cui formulazione è sintatticamente corretta ma non è in grado di esprimere una norma univoca: v. l’art. 1352 cod. civ., sulle forme convenzionali, da cui non si capisce se è necessario che il patto sulla forma debba avere a sua volta una forma scritta.

# JUS CIVILE



mi sento di dire, andando forse un po' controcorrente, che anche il vigente Codice presenta scelte lessicali molto discutibili.

Mi limiterò qui a ricordare il caso eclatante della formulazione degli artt. 2048, 2° co., e 2049, dove compaiono termini (*precettore, maestro d'arte, padrone, domestico*) che già ai tempi del codice del 1865, dal quale sono stati presi<sup>4</sup>, probabilmente non rispecchiavano lo stato dei rapporti (di insegnamento e di lavoro dipendente) ai quali le norme volevano fare riferimento<sup>5</sup>

Esaurite le premesse, ed incominciando ad entrare nel merito del mio argomento, dico subito che requisito fondamentale del lessico di qualsiasi testo (non solo legislativo e non solo giuridico) è la sua comprensibilità.

Questo è ovvio, ma la questione non è banale per quanto riguarda i testi di legge, perché presuppone una risposta alla domanda di chi siano i destinatari e fruitori delle leggi.

La risposta non è facile, e preferisco parlare del problema più avanti, quando avremo esaminato alcune altre difficoltà inerenti alle scelte lessicali del legislatore.

Incomincerei invece col pormi il problema dei rapporti dei termini da usare con i termini già presenti in altri testi di legge, o in quello sul quale si intende intervenire<sup>6</sup>. Il tema è quello della necessità/opportunità (o meno) della uniformità di significati e di significanti.

Al riguardo è ragionevole comunque ritenere che tale uniformità non possa essere pretesa in generale, con riferimento a tutti i testi giuridici nel loro insieme. Occorre invece delimitare il campo, riducendolo ad ogni singolo testo, o anche a più testi, che possano però essere collegati tra loro da elementi formali e/o di contenuto.

Che un codice civile possa considerarsi un testo unitario sotto un profilo formale è tesi su cui è agevole convenire, se si considera l'unitaria promulgazione<sup>7</sup>, la suddivisione in *libri* numerati progressivamente, la numerazione degli articoli, unica e trasversale ai diversi libri. Meno facile è l'accertamento dell'esistenza del requisito più importante, quello di una adeguata coerenza tematica, data la eterogeneità degli argomenti trattati (dalla filiazione, ad es., al bilancio delle società per azioni); coerenza

---

<sup>4</sup> V. l'art. 1153, 4° e 5° co., rispetto ai quali i redattori del Codice del 1942 hanno operato una sorta di "copia e incolla" con minime modifiche non migliorative.

<sup>5</sup> Si tratta quindi di una poco felice scelta dei significanti.

<sup>6</sup> Per un accenno al rapporto con il lessico di dottrina e giurisprudenza, v. più avanti.

<sup>7</sup> Anche se la promulgazione del 1942 era stata preceduta dall'entrata in vigore di singoli libri a partire dal 1939.

# JUS CIVILE



tematica che può mancare, del resto, anche all'interno dei singoli libri: ad es. il primo libro spazia dalla famiglia alle persone giuridiche, e il contenuto del sesto è, notoriamente molto eterogeneo.

Da questo punto di vista il Codice potrebbe essere piuttosto considerato come un *macrotesto*, cioè come un insieme di testi collegati da elementi formali e contenutistici, all'interno del quale le esigenze di coerenza terminologica sono direttamente proporzionali all'intensità dei legami tematici.

Bisogna anche aggiungere che questo macrotesto risulterebbe sì costruito intorno al sole del Codice Civile, ma comprenderebbe anche i suoi pianeti, sempre più numerosi in questa età della decodificazione<sup>8</sup>; per ciascuno di questi si pone il problema della omogeneità terminologica con il Codice Civile (e viceversa). Questa reciproca attenzione dovrà però tenere conto di una sorta di "primazia" del testo di legge in cui si può ravvisare la sede propria della disciplina cui la nozione in questione afferisce<sup>9</sup>.

Quest'ultima questione si può porre anche nei rapporti tra testi legislativi indubbiamente a sé stanti. Penso al Codice Penale, che, almeno secondo una diffusa opinione, attribuisce suoi propri significati a *possesso* e a *detenzione* (artt. 624, 634, 697 cod. pen.), e allo stesso Codice Civile quando (art. 1264) non usa *notificazione* nel senso tecnico degli artt. 137 ss. del Codice di Procedura Civile<sup>10</sup>.

L'esigenza di una tendenziale uniformità lessicale richiede che non vengano dati significati diversi ad una stessa parola, ma anche che non vengano usate parole diverse per esprimere una medesima nozione. Non sempre il vigente Codice Civile si è attenuto a questa regola.

Una insidiosa pluralità di significati usati con uno stesso significato la troviamo nel quarto libro del Codice a proposito dei principi di *correttezza* e *buona fede* (ovviamente in senso oggettivo); nello stesso libro del Codice e addirittura nello stesso art. 2058 il legislatore alterna l'uso (con il medesimo significato) di *risarcimento in forma specifica* e *reintegrazione in forma specifica*.

Specialmente nel secondo degli esempi appena fatti, è ben possibile che le oscillazioni terminologiche costituiscano la emersione di dubbi circa la vera natura di ciò

---

<sup>8</sup> Quali ad. es., il Codice del Consumo, il Codice delle Assicurazioni Private, il Testo Unico Bancario, il Codice del Turismo, la legge sul Divorzio, ecc. ecc.

<sup>9</sup> Ad es., in materia di contratti è difficile negare la primazia del Codice Civile.

<sup>10</sup> In quest'ultimo caso è però possibile che una simile divaricazione di significati vada imputata non agli estensori del Codice del 1942, ma agli interpreti, che non hanno ritenuto adeguato al contesto della cessione del credito il significato della parola più preciso e tecnico.

# JUS CIVILE



che viene denominato, ma un legislatore che si rispetti deve preventivamente sciogliere simili dubbi, e poi adeguare la terminologia alla soluzione adottata.

Passando ora alla attribuzione di più significati ad una stessa parola, ricordo qui soltanto il caso, interno al Codice, ed anzi allo stesso quarto libro, del termine *custodia*, usato in modo diverso nell'art. 1770 (deposito) e nell'art. 2051 (danno da cose).

In una diversa prospettiva, si può anche valutare (a mio parere criticamente) la opportunità che vengano introdotti per la prima volta in un testo legislativo termini ai quali vengano attribuiti significati contrastanti con usi consolidati presenti in dottrina e/o giurisprudenza.

Faccio l'esempio della espressione *clausole vessatorie*, che indica ora le clausole di cui agli artt. 33 e 34 del Codice del Consumo, dopo che per decenni è stata usata per indicare le clausole di cui all'art. 1341, 2° co., cod. civ.

È probabilmente velleitario pretendere che si evitino del tutto le anomalie del rapporto significanti/significati sopra segnalate, anche circoscrivendo l'ambito di una simile pretesa<sup>11</sup>. Ma questo è vero soprattutto per quanto riguarda la polisemia dei termini usati, mentre mi sembra del tutto ragionevole chiedere al legislatore di non moltiplicare i significanti per esprimere uno stesso concetto.

In ogni caso, dico però che l'autore di un testo legislativo dovrebbe essere consapevole della eventuale presenza nelle leggi di una pluralità di significati dei termini che intende usare, e rendere manifeste le proprie scelte; o mediante espliciti rinvii alle precedenti occorrenze del termine (se si vogliono confermare i precedenti usi) o facendo uso di definizioni dalle quali risulti la diversità dei nuovi usi.

Anche se segnalate attraverso definizioni, sarebbero però passibili di una valutazione negativa (in termini di opportunità) quelle che potessero essere considerate delle vere e proprie "rotture" con consolidati significati precedenti, comunque da evitare, se possibile.

Può essere così, a mio parere, criticato, l'uso della espressione *transazioni commerciali* nel d.lgs. 231/2002, sui ritardi nei pagamenti, dal momento che con essa si vogliono indicare (in base alla definizione contenuta nell'art. 2, lettera *a*, del decreto) "i contratti comunque denominati" tra le imprese o tra queste e le pubbliche amministrazioni, che comportano, a titolo oneroso, la consegna di merci o la prestazioni di servizi.

---

<sup>11</sup> Molto ampio è comunque, come abbiamo visto, l'ambito dei collegamenti testuali presenti nel sistema planetario di un codice civile (vecchio o nuovo che sia).

# JUS CIVILE



Per evitare un plateale contrasto con la definizione di *transazione* contenuta nell'art. 1965 cod.civ., sarebbe stato di gran lunga preferibile adottare un altro termine, parimente generico, come, ad es., *contratti commerciali*.

Quello delle *transazioni commerciali* non è l'unico caso in cui termini già presenti nel linguaggio legislativo (o giuridico, in genere) vengono utilizzati in modo improprio e senza un effettivo bisogno. Talora per denominare nuove figure, per le quali, probabilmente, sarebbe stato più opportuno coniare un nuovo nome.

Ho in mente due esempi: quello del contratto di *somministrazione di lavoro* (artt. 30 ss. D. lgs. n. 81/2015, in cui si parla anche di *lavoratori somministrati*), e quello del “contratto di *vendita di pacchetti turistici*, di cui parlava il Codice del Turismo (D. lgs. n. 79/2011) prima delle modifiche introdotte nel maggio 2018.

Per quanto riguarda la *somministrazione di lavoro* è evidente la sciatteria della espressione, che riflette una equiparazione a cose delle persone dei *lavoratori somministrati*, in contrasto non solo con la definizione del contratto di somministrazione dell'art. 1559 cod. civ., ma anche con l'uso di *somministrare* nel linguaggio comune.

L'espressione non era ignota agli studiosi del diritto del lavoro, ma a dimostrarne comunque la fragilità concettuale e la estemporaneità sta il fatto che negli stessi studi compare anche – ad indicare la “somministrazione di lavoro” a tempo indeterminato – il termine *staff leasing*, che richiama piuttosto lo schema generale della locazione, del noleggio, e non della somministrazione.

In mancanza di meglio sarebbe stata sicuramente preferibile la più generica espressione *fornitura di prestazioni di lavoro*, che era usata nella l. 196 del 1997, che per prima si era occupata dell'argomento.

Parimenti grossolana appare l'espressione *vendita di pacchetti turistici*, essendo evidente che si tratta di contratti che nulla hanno a che fare con la vendita, con la quale hanno in comune solo la natura onerosa.

Se ne è forse reso conto il legislatore del D. lgs., n. 62/2018, a seguito del quale il contratto è diventato *di pacchetto turistico*, anche se poi si continua a parlare di pacchetti “venduti”.

Anche il termine *pacchetto* è poco felice, anche se non crea contrasti con altri usi giuridici della parola, e anche se, nell'art. 33, è puntualmente definito (come “combinazione di almeno due tipi diversi di servizi turistici”). Resta infatti la connotazione “cosale” della parola, mentre il contratto riguarda servizi e non cose. Questa contraddizione emerge, ad es., quando il legislatore parla di *inizio del pacchetto*.

# JUS CIVILE



Da questi (cattivi) esempi quali indicazioni potrebbero trarre i futuri revisori del Codice Civile?

Una prima, e persino ovvia, indicazione concerne, come ho già osservato, la necessità di essere consapevoli del quadro lessicale dei testi su cui si intende intervenire e di quelli a questi collegati.

Purtroppo però la cultura (giuridica e non), come il coraggio per Don Abbondio, nessuno, se non ce l'ha, se la può dare, e dagli esempi fatti mi sembra che emergano soprattutto i pericoli che derivano dalle conoscenze giuridiche che gli estensori di una disposizione *credono* di avere, o che hanno in modo approssimativo, col risultato che termini magari effettivamente presenti nel linguaggio legislativo<sup>12</sup> vengono “riutilizzati” in contesti completamente diversi, con esiti disastrosi. Vedi il “riuso”, sopra considerato di termini come *somministrazione* o *clausole vessatorie*.

Un'altra ignoranza molto pericolosa è quella delle lingue straniere, quando si tratta di disposizioni che hanno la loro origine in testi normativi scritti appunto in tali lingue<sup>13</sup>.

Così, con ogni probabilità, non è estraneo all'uso improprio del termine *transazione*, il diverso significato del termine inglese *transaction*<sup>14</sup> (peraltro già transitato nel linguaggio degli economisti e dei gius-economisti<sup>15</sup>).

Considerazioni analoghe possono valere per *professionista*, nel Codice del Consumo, ricalcato sul più generico significato del termine francese *professionel*, e anche per *pacchetto turistico*, dal momento che in inglese, collegato a vari altri termini (*travel, tours, holidays*), il termine *package* viene usato per indicare il “tutto compreso”.

Un ultimo rischio relativo al *drafting* potrebbe essere collegato a quella che potremmo chiamare “volgarizzazione del linguaggio giuridico”, cioè al fenomeno per

---

<sup>12</sup> Ma di cui si conoscono più i significanti che i significati.

<sup>13</sup> Il caso tipico è quello della ricezione nell'ordinamento italiano delle direttive europee, in cui però la responsabilità per eventuali errate traduzioni grava anche sugli estensori del testo italiano delle direttive; in ogni caso però è l'estensore della disposizione interna che deve rispondere del risultato finale. A questo riguardo si deve ricordare proprio il caso della Direttiva 93/13 CEE, sui contratti del consumatore, il cui testo italiano parlava correttamente di *clausole abusive* (al pari delle corrispondenti espressioni nei testi in altre lingue europee della direttiva: *clauses abusives, clausolas abusivas, mißbräuchliche Klauseln, unfair terms*). È solo nella l. 52/96 che dà attuazione alla Direttiva (introducendo nel Codice Civile gli artt. 1469-bis ss. sui contratti del consumatore) che compare il termine *clausole vessatorie*.

<sup>14</sup> Che sta ad indicare una negoziazione, un affare.

<sup>15</sup> Ricordiamo l'uso della espressione *costi transattivi* per indicare i costi che comportano le trattative e la conclusione di un contratto.

# JUS CIVILE



cui si diffondono nel linguaggio ordinario denominazioni scorrette di figure giuridiche.

Così la procura diventa *delega*, il contratto preliminare diventa *compromesso*, la risoluzione del contratto diventa *rescissione*, il reato diventa *reato penale* e la pena viene *comminata* dal giudice<sup>16</sup> e non *irrogata* o *inflitta*.

A mio parere c'è il rischio che questi usi linguistici, molto diffusi, finiscano con il trascinare nei testi legislativi, senza che il legislatore (che abbiamo visto non avere sempre conoscenze giuridiche molto salde) si renda conto della loro erroneità.

Ma è anche possibile che un legislatore persegua coscientemente simili “contaminazioni” pensando in questo modo di assicurare una maggiore comprensibilità delle sue disposizioni, e attribuendo maggior peso alle esigenze della “comunicazione”, rispetto a quelle del rigore. Così, nel secondo comma dell'art. 5, l. 173/2005 (su determinati tipi di vendita) compaiono persino le *catene di Sant'Antonio*.

Veniamo così all'ultima delle mie considerazioni in tema di *Drafting* e di lessico legislativo, che tocca il tema risalente nel tempo, e forse anche un po' logoro, dei destinatari delle norme<sup>17</sup>.

Superate certe ingenuità illuministiche, sembra difficile negare che la “comunicazione” legislativa coinvolga insieme ai comuni cittadini anche i giuristi di professione (giudici, avvocati, ecc.), ai quali spesso i comuni cittadini si rivolgono proprio per applicare correttamente le norme.

E c'è da sperare che il linguaggio (e in particolare il lessico) di questa “corporazione”, anche se più “difficile”, sia più rigoroso di quello ordinario, e quindi più funzionale ad una maggiore certezza nella applicazione delle norme di legge.

Non credo che convenga che il legislatore sacrifichi questo rigore e questa maggiore precisione alla speranza di coinvolgere più facilmente l'uomo della strada.

Questa opinione trova conferma nel paragone che può essere fatto con l'utilizzazione, sempre in una legge, di termini propri non del diritto, ma di altre discipline.

Pensiamo ad una legge che debba imporre determinati obblighi vaccinali. Le malattie contro le quali si impone la vaccinazione andranno indicate non con la terminologia della scienza medica, ma con quella della gente comune, parlando così, ad es., non di “parotite”, ma di “orecchioni” ?

---

<sup>16</sup> La cui pronuncia diventa un *pronunciamento*.

<sup>17</sup> Cui accennavo all'inizio della mia relazione.

# JUS CIVILE



Un altro esempio: ai tempi in cui c'era tra i bovini una epidemia di “encefalopatia spongiforme”, il legislatore che avesse voluto occuparsene, avrebbe dovuto parlare di “malattia della mucca pazza” (come veniva comunemente chiamata), per farsi più facilmente capire?

E ancora, immaginando che tra gli allevatori di bovini – indubbiamente destinatari (insieme però ai medici veterinari) della norma che imponesse l'abbattimento del bestiame – quella malattia venisse chiamata “epilessia” usurpando il nome di una patologia diversa e, come tale, ben conosciuta dai veterinari, quale scelta terminologica avrebbe dovuto fare il legislatore?

A mio parere legislazione e comunicazione dovrebbero svolgersi su piani paralleli ma distinti, e per quanto riguarda la legislazione dovrebbe esserci una giusta considerazione del ruolo degli “esperti” (giuristi e non), con prevalenza quindi di lessici (linguaggi) precisi e (se necessario) tecnici.

Questo non vuol dire però che il legislatore non debba evitare terminologie esoteriche che non siano strettamente necessarie.

Alcune rubriche di articoli del Codice Civile sembrano ispirate a principi opposti, usando termini poco conosciuti e che, soprattutto, non compaiono altrove nel Codice, rendendo quindi inutile quella loro definizione che è possibile ricavare dal confronto tra rubrica e testo degli articoli: v. l'art. 1283 (Anatocismo) o l'art. 833 (Atti d'emulazione).

Altri articoli dimostrano infatti che è possibile evitare questo problema: v. l'art. 1334 che non parla di “atti recettizi”, e si limita a dire quando sono efficaci gli atti unilaterali che hanno un destinatario<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup>È interessante comunque rilevare anche questo aspetto della questione relativa alla opportunità che gli articoli di un futuro Codice Civile “revisionato” si aprano con una rubrica.