

JUS CIVILE

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



2-2016

marzo-aprile



G. Giappichelli Editore

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

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.



INDICE

	<i>pag.</i>
Articoli e Saggi	
I “beni comuni” * di <i>Oberdan Tommaso Scozzafava</i>	30
Le unioni civili. La situazione in Italia alla vigilia della riforma * di <i>Gilda Ferrando</i>	38
European Digital Single Market in the perspective of European Legal Tradition * di <i>Aldo Petrucci</i>	55
Il problema della risarcibilità del danno tanatologico fra discrezionalità dell'interprete e teoria dell'argomentazione * di <i>Mirko Faccioli</i>	70
La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura * di <i>Leonardo Lenti</i>	92

* Contributo sottoposto a revisione.



OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA

Professore ordinario di diritto civile - Università Tor Vergata di Roma

I “BENI COMUNI”

SOMMARIO: *Introduzione. – 2. Beni comuni e art. 43 della Cost. – 3. Beni comuni e art. 714 del code. – 4. Beni comuni e proprietà collettiva. – 5. Analisi economica e beni comuni. – 6. Il problema dei beni comuni.*

1. – Con l’espressione beni comuni gli operatori giuridici identificano una serie di entità, che si caratterizzerebbero per l’appartenenza a tutti, sia pure al di fuori di una logica proprietaria. Al di là di tale tratto unificante, non si sa bene quali siano i fenomeni suscettibili di essere individuati attraverso tale espressione linguistica (v. anche C. Salvi; anche N. Lipari insiste sulla volatilità della categoria giuridica in esame).

Se si analizzano, infatti, i vari contributi dedicati a tale tematica, è agevole comprendere che esiste un sostanziale incertezza in ordine ai beni suscettibili di essere considerati comuni. Con la conseguenza che appare, quanto meno, velleitario individuare uno statuto giuridico dei beni comuni, richiamando le partecipanze dell’Emilia Romagna, così come sembra improduttivo insistere sull’esigenza di uscire dalla logica proprietaria, se non si ha cura di individuarne una nuova.

Orbene, se alcuni autori ritengono che sia impossibile (e, forse, inopportuno) dare una definizione (merceologica) dei beni comuni (U. Mattei), altri, autorevolmente, ritengono che tali siano tutte quelle entità, che sono funzionali all’esercizio di diritti fondamentali e al libero sviluppo della personalità e che devono essere salvaguardati, sottraendoli alla logica distruttiva del breve periodo, in quanto esse devono essere conservate, proiettando la loro tutela nel mondo più lontano, abitato dalle generazioni future (S. Rodotà).

Ma, stando così le cose, sorge spontaneo chiarire che, probabilmente, non è necessario creare una nuova categoria di beni, se lo scopo che si intende perseguire è quello di salvaguardare tali risorse, per rendere le stesse funzionali all’esercizio di diritti fondamentali ed al libero sviluppo della personalità.

Ad una prima disamina del problema, infatti, risulta evidente che tali finalità, certamente importantissime, possono essere perseguite sottoponendo a specifici vincoli sia i beni pubblici che quelli privati, che si ritenga abbiano le caratteristiche richiamate. Il fondamento normativo di tali beni e della connessa situazione soggettiva ad essi collegata viene, poi, individuato nell’art. 43 Cost. (S. Rodotà, ma già S. Pugliatti)

2. – Ora, se è innegabile che il testo costituzionale espressamente prevede che si possa affidare la gestione di servizi pubblici a comunità di lavoratori o di utenti (art. 43 Cost.), si deve os-



servare come tale testo normativo prescriva che solo la «gestione» (e non anche la proprietà) possa essere affidata a comunità di lavoratori. Ancora, la norma prende in considerazione non già beni ma servizi, che in più devono essere pubblici ed essenziali. In altri termini, la nostra Costituzione richiama una categoria che ha una connotazione ben precisa: se, infatti, in dottrina il concetto di servizio pubblico è molto dibattuto, vi è una sostanziale unità di vedute in ordine al fatto che esso si concreta in un'attività (sul problema, a titolo esemplificativo, G. Guarino e cfr. M.S. Giannini, C. Mortati, e S. Cattaneo). In altri termini, i servizi presi in considerazione dalla norma costituzionale, normalmente, vengono prestati ad esito dello svolgimento di un'attività di impresa.

Si consideri, inoltre, che non si comprende da dove possa desumersi che il servizio pubblico essenziale, affidato alla comunità di lavoratori o di utenti, diventi un bene comune, visto che esso apparterrà alla comunità di utenti o di lavoratori.

Può risultare utile rammentare, ancora, che l'art. 43 Cost. prevede che il trasferimento (la riserva), nonché l'individuazione dei destinatari di tale effetto possano essere operati solo dalla legge in presenza di fini di utilità generali e sempre che si tratti di servizi pubblici essenziali o di fonti di energia o di situazioni di monopolio, che, in ogni caso, abbiano carattere di preminente interesse generale. L'art. 43 Cost., in altri termini, espressamente prevede una riserva di legge (relativa), con la conseguenza che il trasferimento o la riserva originaria possono essere operati solo sulla base di atti aventi valore di legge (sul punto cfr. S. Cattaneo; C. Mortati).

Da ultimo, occorre tenere presente che la norma in esame espressamente prevede che se il trasferimento – tale prescrizione giuridica, per ovvi motivi, non può trovare applicazione rispetto alla riserva originaria – produce effetti espropriativi in danno del soggetto che subisce il provvedimento ablatorio, a questi spetti un indennizzo.

3. – Al fine di dare un fondamento storico ai beni comuni, è stato richiamato l'art. 714 del codice napoleonico, il quale dispone che *«il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Deslois de police règlent la manière d'en jouir»*. La richiamata norma è inserita nel terzo libro del richiamato testo normativo, che disciplina i modi di acquisto della proprietà.

Senonché, è facilmente intuibile che la norma in esame non è assolutamente collegabile al diritto di proprietà. Si tratta, peraltro, di una prescrizione giuridica la cui origine è difficilmente rintracciabile, se è vero che essa fu inserita nel *code*, sebbene nei lavori preparatori non vi fosse traccia di essa. Ad ogni modo, la dottrina, immediatamente successiva all'emanazione del codice, si pose innanzitutto il problema della riconducibilità delle entità richiamate dalla norma in esame nella nozione di bene pubblico, tenuto conto che anche i beni pubblici venivano legislativamente caratterizzati per la destinazione all'uso comune.

I commentatori, nell'analizzare il rapporto tra le entità prese in considerazione dall'art. 1 del

JUS CIVILE



code ed i beni comunali e nazionali (destinati all'uso comune), avanzano tendenzialmente due soluzioni. Una parte della dottrina ritiene che tra tali entità non vi fosse alcuna differenza. Altri, invece, sono inclini a ritenere che l'art. 714 del *code* prenda in considerazioni le così dette *res communes omnium*. Quest'ultima, come è noto, è una categoria di origine romanistica, con la quale sono state, tradizionalmente, identificate entità, quali l'acqua, l'aria e tutte quelle altre risorse, che, essendo abbondanti – ossia superiori alle necessità umane – venivano reputate irrilevanti sul piano giuridico.

È chiaro che una valutazione siffatta non può essere reputata corretta al momento attuale, visto che, a causa del deterioramento ambientale, molte di queste risorse sono diventate, per così dire, scarse; ma io credo che i problemi, connessi alla scarsità di beni che un tempo erano sovrabbondanti, non possano essere risolti¹ attraverso il richiamo ai beni comuni, essendo al riguardo indispensabili più dettagliate disamine della legislazione attualmente vigente. Per assegnare rilevanza giuridica ad una determinata entità occorre che sia possibile individuare una tutela, attivabile ogniqualvolta i soggetti abilitati a svolgere atti (o attività) di appropriazione rispetto ad essa subiscano una lesione nello svolgimento di tale attività.

Ora, è evidente che, se ci si limita ad individuare le risorse in esame con l'espressione linguistica beni comuni, non si individua alcun meccanismo di tutela di queste ultime. Perché ciò possa accadere è, infatti, indispensabile che esista una normativa che preveda degli specifici meccanismi reattivi a favore di coloro che sono abilitati ad appropriarsi delle risorse in esame.

4. – Ad ogni buon conto, è opportuno, in via preliminare, far constatare che nei sistemi giuridici di origine romanistica, che si sono, poi, rifatti alla codificazione napoleonica, è estraneo l'istituto della proprietà collettiva. Che, sovente, viene richiamato a proposito dei beni comuni. Al riguardo, l'art. 42 Cost. non dà adito a dubbi, dal momento che dispone che la proprietà è pubblica o privata, dal momento che i beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.

Certo, si potrebbe essere indotti a ritenere che, laddove il testo costituzionale fa riferimento agli enti, abbia inteso alludere a «collettività». Ma, in primo luogo, occorre osservare che il nostro sistema giuridico non conosce l'istituto della «collettività», con la conseguenza che gli «enti», a cui fa riferimento la nostra Costituzione, in null'altro possono identificarsi se non con le persone giuridiche.

¹ Si deve osservare che l'origine ed il significato della norma, contenuta all'art. 714 del *code*, è oscura. I lavori preparatori, dal canto loro, non offrono lumi al riguardo. Secondo Toullier, la norma venne inserita a seguito di sollecitazioni della Corte di Appello di Parigi. Il progetto, elaborato da Portalis, infatti, prevedeva che sia le cose *nullius* che quelle *derelictae* venissero, in tutti i casi acquistate dallo Stato. Ebbene, la Corte di Appello parigina aveva criticato tale soluzione, constatando che sempre sono esistiti beni comuni, di cui nessuno poteva essere considerato proprietario: da qui l'inopportunità di considerarle adesso di appartenenza della nazione.



A ciò si aggiunga, che, in ogni caso, il nostro testo giuridico fondamentale fa riferimento al diritto di proprietà e non già alle situazioni soggettive, cui fanno riferimento i fautori dei beni comuni, situazioni il cui contenuto, al momento attuale, sembra determinato più che altro da fonti fatte (R. Sacco). Il concetto di proprietà collettiva è stato, autorevolmente, esaminato (tra gli altri, da S. Pugliatti; M.S. Giannini), ma tali analisi si sono incentrate su situazioni che, al momento attuale, assumono un rilievo del tutto marginale.

In tale contesto si osserva che la proprietà collettiva si troverebbe «alla confluenza del diritto privato e del diritto pubblico, e si può dire che qui più appropriatamente, perché più specificamente e diciamo pure più intensamente, *iusprivatum (proprietas) sub tutela juris publici latet*» (sono parole di S. Pugliatti).

La proprietà collettiva, inoltre, «resiste al contatto con quello della personalità giuridica» (S. Pugliatti) ed impone all'ente che ha la proprietà formale del bene di non mutarne la destinazione, in quanto la sua proprietà trova una barriera invalicabile in quella sostanziale della collettività civica (S. Pugliatti). Da ultimo, si ritiene che la Costituzione avrebbe riservato un espresso riconoscimento alla proprietà collettiva, poiché l'art. 43 prevede il trasferimento di «determinate imprese o categorie di imprese a comunità di lavoratori o di utenti».

Da tale testo normativo, si desumerebbe, poi, che, in primo luogo, ai fini del richiamato trasferimento non è necessario costituire un ente dotato di personalità giuridica ed, in secondo luogo, che «l'impresa non viene riservata o trasferita ai lavoratori o agli utenti *uti singuli*, bensì alla comunità come collettività» (S. Pugliatti).

Tale tesi, sebbene sia stata elaborata da uno dei più rigorosi civilisti del secolo scorso, solleva molteplici perplessità. A parte la già rilevata marginalità dei fenomeni analizzati, resta il fatto che il nostro Autore, sebbene rifugga dalla figura della persona giuridica – all'evidente scopo di non ricondurre in una logica individualistica la proprietà collettiva – poi, collega la proprietà collettiva alla famiglia o alla tribù, vale a dire a particolari ordinamenti giuridici che dimostrano come un fenomeno sociologico assuma rilevanza giuridica.

Ma se non andiamo errati, così facendo, si finisce per fare assumere, in qualche misura, alla proprietà collettiva una connotazione individualistica, giacché, sebbene la tribù e la famiglia non siano persone giuridiche, esse hanno, senza alcun dubbio, una connotazione soggettiva. Da ultimo, il tentativo di dare supporto normativo alla proprietà collettiva, richiamando l'art. 43 Cost., solleva molteplici perplessità, se è vero che, come si è detto, tale norma prende in considerazione non già la proprietà, bensì particolari attività.

Vi è stato, ancora, chi ha ritenuto che nella proprietà collettiva «il tratto saliente non è l'appartenenza della cosa, ma il godimento di servizi che la cosa rende o è idonea a rendere se convenientemente impiegata» (M.S. Giannini). In tale contesto, si è indotti a ritenere che i beni di proprietà individuale sono quelli che presentano la massima varietà di resa o di attitudine alla resa di servizi reali. Tratto quest'ultimo che sarebbe estraneo alla proprietà collettiva, che può insistere su determinati beni o in ordine a ben precisi modi di utilizzazione di certi beni. Tali sa-

JUS CIVILE



rebbero i beni che rendono servizi indivisibili per natura, cioè servizi che non possono essere né misurati, né ordinati in relazione a soggetti che ne beneficiano, ossia non sono individuabili in rapporto all'utilizzazione dei soggetti (M.S. Giannini).

Tali sarebbero, a titolo esemplificativo, le vie pubbliche, i giardini pubblici, i laghi, i fiumi, il mare e così via (M.S. Giannini). Insomma, le specie di proprietà collettiva, nonché le ragioni per le quali essa si istituisce, sarebbero varie, anche se la stessa si caratterizza in quanto è sempre proprietà di godimento o proprietà di lavoro collettivo.

La proprietà collettiva, in ogni caso, presenterebbe una caratterizzazione diversa rispetto a quella individuale e, se abbiamo ben capito il pensiero dell'Autore, la sua titolarità spetterebbe ad enti esponenziali (M.S. Giannini). Anche a questo riguardo non possono tacersi molteplici perplessità.

Innanzitutto, come lo stesso autore riconosce, la proprietà collettiva, nella misura in cui dà luogo ad una facoltà di «godimento», non si presta ad essere ricondotta nel concetto di proprietà privata, se è vero che il contenuto di tale diritto è molto più ampio. Si aggiunga, poi, che i supposti oggetti del diritto di proprietà collettiva sono già qualificati dalla legge come demaniali, sicché essi sono già gestiti nell'interesse collettivo, con la conseguenza che appare superfluo considerarli oggetto di una ulteriore situazione soggettiva. Da ultimo, si consideri che tali situazioni soggettive vengono imputate ad un ente esponenziale, con la conseguenza che si finisce per iscriverle in una logica prettamente proprietaria.

5. – Detto questo, è innegabile che il problema dei beni comuni sussista, solo che esso solleva, prevalentemente, questioni di politica del diritto, dal momento che, nel caso di specie, non ci troviamo in presenza di un concetto desumibile dal diritto positivo.

In sede di analisi economica, è stata postulata l'esigenza di superare, quando ricorrono specifiche situazioni, la dicotomia stato mercato (E. Ostrom). Si assume che alcune risorse naturali e collettive, in presenza di determinati presupposti, è opportuno che siano gestite, in maniera più efficiente (in una prospettiva non del tutto coincidente con i postulati dell'economia del benessere) e duraturo dalle comunità (E. Ostrom). Il principale problema che solleva l'appropriazione di tali risorse consiste nel fatto che coloro i quali, in concreto, svolgono attività appropriativa, si devono organizzare.

L'organizzazione dovrebbe essere funzionale ad individuare regole, relative allo svolgimento di attività di appropriazione da parte dei vari soggetti componenti la comunità, nonché regole volte a definire il contributo che ognuno di essi deve dare, al fine della conservazione del bene comune (E. Ostrom).

Tali rilievi, che non possono che essere sottoscritti, sollevano molteplici problemi, sul versante giuridico, giacché, sotto questo aspetto, l'introduzione della categoria dei beni comuni (accanto a quelli pubblici ed a quelli privati) può essere operata solo da una fonte normativa e



non certo sulla base della constatazione secondo cui l'appropriazione collettiva sarebbe più efficiente e duratura.

Se non si tiene conto di questo dato (ossia che il nostro sistema costituzionale è imperniato sulla dicotomia beni pubblici/beni privati), si rischia solo di fare pasticci. Ciò accade, ad esempio, quando si afferma che sia possibile individuare beni, che, per la loro intrinseca natura, o sono caratterizzati da un godimento collettivo o, indipendentemente dal titolo di proprietà pubblico o privato, risultano funzionali ad interessi della collettività stessa (Cass., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665).

Chi scrive ritiene, infatti, che all'interprete non sia consentito, in assenza di una specifica norma, affermare che, quando un bene, «indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale....., detto bene è da ritenersi, al di fuori della oramai datata prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica, 'comune' vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini» (Cass., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665)².

Si consideri, infatti, che l'art. 9 Cost. demanda la tutela del paesaggio e dell'ambiente alla Repubblica. Ora, sebbene sia dubbio se la norma richiamata contenga una riserva di legge (A. Predieri), è ovvio che non è possibile, con sentenza, che un bene destinato all'appropriazione individuale venga reputato oggetto di appropriazione collettiva. Sembra, infatti, del tutto ovvio far constatare che l'art. 42 Cost. prevede ben precise garanzie in favore del diritto di proprietà e, in più, che esso disciplina soltanto la proprietà pubblica e privata (e non anche quella collettiva).

6. – Chi scrive è convinto che occorra procedere con ordine. Bisogna, al riguardo, chiarire che, nel nostro sistema, esistono già dei beni che sono destinati alla fruizione collettiva ed essi si identificano con i beni pubblici destinati all'uso collettivo. L'esigenza di individuare i così detti beni collettivi, probabilmente, sorge dalla sfiducia, che si è diffusa verso i soggetti competenti a gestire i beni pubblici a favore della collettività.

Ma, in realtà, il dibattito che si è sviluppato sul tema, è più articolato, se è vero che tra i beni comuni vengono annoverate le più disparate risorse. Si fa, fra l'altro, riferimento alle privatizzazioni delle società partecipate dallo Stato, ad *internet*, al lavoro e chi più ne ha più ne metta. In tale contesto, all'evidenza risulta impossibile procedere ad un'analisi costruttiva del concetto in questione, poiché tutte le risorse, nella misura in cui sollecitano interessi umani, avrebbero l'attitudine ad essere considerate comuni (cfr. N. Lipari; C. Salvi).

Per tentare, dunque, di dare uno spessore scientifico all'analisi, è probabile che sia indispen-

²Non a caso poi la sentenza, di cui nel testo, è stata riformata dalla Corte europea (Cedu, *Valle Pirmipié/Italia* del 23 settembre 2014), la quale si richiama espressamente alla circostanza che al ricorrente non fosse stato offerto alcun indennizzo.



sabile procedere ad una individuazione dei beni comuni, prescindendo dall'adozione di una norma definitoria, che, in qualche modo, finirebbe per rendere il concetto in esame poco recettivo alle progressive esigenze umane (L. Nivarra).

Certo è ben possibile prevedere in sede normativa che vi siano particolari beni pubblici, che abbisognano di una particolare considerazione, in ragione della loro scarsità e della loro destinazione alla fruizione collettiva (S. Rodotà). Sarà, poi, una fonte normativa a stabilire, volta per volta, quali risorse siano diventate scarse, per destinarli, appunto, alla fruizione collettiva.

Dal punto di vista oggettivo, tendenzialmente qualsiasi risorsa è suscettibile (a causa dello sviluppo economico, demografico e di un uso non appropriato) a divenire scarsa. Dal punto di vista soggettivo, di tali risorse potranno appropriarsi tutti i componenti della collettività, come adesso accade rispetto ai beni pubblici, destinati all'uso collettivo. Con l'avvertenza che il singolo componente della collettività non potrà fare un uso del bene tale da impedire agli altri membri della collettività di svolgere la loro attività di appropriazione. Ciò perché tutte le situazioni di comunanza presentano la caratteristica che sia è appena richiamata.

Il problema si complica quando ci si accinge ad analizzare il contenuto di tali posizioni, quando cioè si tenta di individuare le tecniche di gestione delle risorse in esame.

Ciò perché, come si è visto, anche in sede economica, tali risorse sono state repute bisognevoli di modalità di appropriazione diverse rispetto a quelle finora note.

È evidente che tale problema deve essere risolto sul piano politico, ma, in assenza di specifici orientamenti, sembra, intanto, poco opportuno andare alla ricerca di un sistema di appropriazione non riconducibile né nello schema della proprietà pubblica, né in quello della proprietà privata, anche perché dovrebbe essere pacifico che l'individuazione di una modalità di appropriazione siffatta, come si è più volte ribadito, sarebbe di competenza della legge.

Più opportuno appare, dunque, rifarsi allo schema di appropriazione, tipico dei beni pubblici (art. 822 c.c.), sia pure dopo averlo sottoposto ad alcuni adattamenti, indispensabili affinché esso venga adeguato alle nuove esigenze dei cittadini.

Senza avere la pretesa di risolvere un problema così complesso, si potrebbe suggerire che la tecnica tipica di gestione dei beni pubblici destinati all'uso collettivo, potrebbe esser aperta alle istanze di partecipazione, di cui è portatrice non già l'intera collettività, che è abilitata ad appropriarsi del bene, bensì quella più ristretta, che presenta un maggior collegamento con i singoli beni.

Forse così si supererebbero le perplessità e le riserve, che manifestano i vari autori, rispetto alla gestione dei beni pubblici e, con ogni probabilità, si soddisferebbero anche le esigenze, che sono state individuate in sede di analisi economica.

Ritornando all'oggetto delle situazioni soggettive in esame, si deve osservare che se esso è costituito da beni pubblici non sorge alcun problema; laddove ove lo stesso, invece, si identifichi con beni oggetti di appropriazione privatista l'analisi si complica (C. Salvi). Ciò perché, se l'esigenza di aprire tali beni alle istanze della collettività, si dovesse risolvere, in limitazioni del

JUS CIVILE



diritto di proprietà, tali da snaturarne il suo contenuto essenziale, ai privati spetterebbe un indennizzo (art. 42 Cost.).

Naturalmente, potranno essere adottate anche soluzioni più radicali, avendo, però, ben presente che, a tal fine, occorreranno leggi costituzionali.

Abstract

The term “common good” has been diffused among the recent doctrine as a good which concerns new resources and which cannot be managed by the private or public property method.

Nevertheless has been objected that in our legal system the theory of common good finds a limit in the art 42 of the Constitution, co, 1, under which common goods must be owned only by the State, bodies or private subjects.

In order to overtake such problems, the doctrine has referred to art. 43 of the Constitution, as well as the collective property concept.

But the cited rule concerns only entrepreneurial and not properties activities, whereas the common property concept doesn't find a legal reason in our system.

The economic doctrine developed the common goods concept by demonstrating that some goods can be managed more efficiently if entrusted to a community.

Given that, it is necessary explain that the goods considered as common, basically correspond to the goods qualified as state owned in our legal system.

The addition to this is that the comon goods could remain as state owned, while their managment, performed by a public subject, could absorb the single community request.



GILDA FERRANDO

Professore ordinario di diritto privato – Università di Genova

LE UNIONI CIVILI. LA SITUAZIONE IN ITALIA ALLA VIGILIA DELLA RIFORMA

SOMMARIO: 1. I principi. – 2. Il matrimonio same-sex nella giurisprudenza costituzionale. – 3. Le unioni same-sex in attesa della legge. – 4. I limiti della situazione attuale. – 5. Il progetto di legge all'esame del Parlamento. – 6. Genitori e figli. – 7. Rapporti familiari di fatto e adozione in casi particolari del figlio del partner.

1. – Diversamente da quanto accade nella gran parte dei Paesi europei, in Italia non è previsto alcun tipo di formalizzazione delle unioni tra persone dello stesso sesso: né il matrimonio (secondo il modello condiviso, tra gli altri, da Olanda, Belgio, Paesi nordici, Inghilterra, Spagna, Francia), né le partnerships (come previsto, ad esempio, in Germania o in Austria).

Le coppie dello stesso sesso, al pari di quelle conviventi di sesso diverso, sono prive di adeguata tutela con riguardo ad una molteplicità di questioni inerenti ai rapporti di coppia (specie alla fine della vita comune), nei confronti dei terzi, delle istituzioni. In realtà, per le coppie dello stesso sesso la questione che sovrasta ogni altra è quella del riconoscimento formale della dignità e del valore del vincolo di affetto e di solidarietà che le lega. Mentre le coppie di sesso diverso, se lo vogliono, possono assumere col matrimonio un vincolo efficace nei reciproci rapporti e nei confronti della società tutta, in Italia alle coppie dello stesso sesso questo diritto è negato, non è prevista la possibilità di formalizzare il vincolo di affetto, il reciproco impegno di solidarietà e responsabilità. Ed è questa la principale differenza tra coppie etero ed omosessuali. Diversamente dalle prime, le coppie dello stesso sesso non possono ottenere il riconoscimento giuridico della loro unione.

Nella disciplina del codice civile la differenza di sesso tra gli sposi costituisce condizione implicita, ma sicura, per contrarre matrimonio. E conseguentemente la giurisprudenza esclude che le coppie dello stesso sesso possano contrarre matrimonio in Italia¹ od ottenere il riconoscimento di quello celebrato all'estero².

Questa situazione determina una grave insufficienza di tutela di diritti fondamentali. Il quadro dei principi è stato messo a fuoco in anni recenti grazie agli interventi delle supreme magistrature. La Corte Europea di Strasburgo³ ha riconosciuto anche alle coppie omosessuali il diritto

¹ Cass. 9 febbraio 2015, n. 2400, cit. *infra*.

² Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, cit. *infra*; Cons. Stato 26 ottobre 2015, in *articolo29.it*.

³ Corte EDU, *Schalk and Kopf c. Austria* 24 giugno 2010. Al riguardo, v. M. Meli, *Il matrimonio tra persone*

JUS CIVILE



to al rispetto della vita familiare (art. 8 CEDU), intendendo in tal modo che la loro unione costituisce “famiglia” ai sensi della Convenzione⁴. Ha inoltre offerto un’interpretazione evolutiva dell’art. 12, in relazione all’art. 9 della Carta di Nizza, tale per cui il diritto al matrimonio può essere riconosciuto anche alle coppie *same sex*. A sentire la Corte, gli Stati hanno un margine di discrezionalità tale per cui possono scegliere le modalità (il matrimonio o altra forma di riconoscimento) in cui assicurare tutela alle unioni tra persone dello stesso sesso. Essi non possono, tuttavia, sottrarsi agli obblighi imposti dalla Convenzione. Di qui la condanna dell’Italia, nel più recente caso Oliari⁵, dovuta proprio all’inadempimento di tale obbligo da parte del nostro legislatore.

La nostra Corte costituzionale ha escluso che la riserva del matrimonio alle coppie di sesso diverso contenuta – in modo implicito, ma inequivoco – nel codice civile contrasti con i principi costituzionali⁶. Dai principi costituzionali non può essere desunto un obbligo per il legislatore di aprire il matrimonio alle coppie dello stesso sesso. Da un lato, osserva la Corte, è fuori di dubbio che i costituenti, nell’approvare l’art. 29, tennero presente il modello di famiglia tradizionale, riflesso nel codice civile e composto da un uomo ed una donna, dall’altro, è anche vero che la Costituzione “non cristallizza” un certo modello di famiglia, rendendolo immutabile.

Il fatto che l’art. 29 non imponga al legislatore di aprire il matrimonio a persone dello stesso sesso non significa che le unioni *same-sex* non siano meritevoli di tutela, rientrando nell’ambito di protezione dell’art. 2 Cost. Anzi, aggiunge la Corte costituzionale, il legislatore non solo potrebbe, ma addirittura dovrebbe prevedere una disciplina delle unioni. Infatti, se è vero che sia la Corte costituzionale sia la Corte europea non indicano nel matrimonio un’opzione costituzionalmente necessitata, ed attribuiscono al legislatore ampi spazi di discrezionalità nell’individuare i modi e i tempi in cui garantire la tutela del diritto ad un’unione riconosciuta, è anche vero che la discrezionalità del legislatore non è illimitata. Il legislatore può anche non ammettere il matrimonio, ma deve stabilire una disciplina di carattere generale per le coppie *same-sex* con la quale dare riconoscimento all’unione e garanzia ai diritti dei suoi componenti. Le unioni civili vengono incluse a pieno titolo tra le formazioni sociali di cui all’art. 2 Cost. Ad esse spetta “il diritto di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone ... il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”, un riconoscimento che viene sì affidato alla discrezionalità del legislatore quanto a “tempi, modi e limiti”, ma che l’art. 2 Cost. rende costituzionalmente

dello stesso sesso. *L’incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 451 ss.

⁴ In considerazione del carattere “familiare” della relazione omosessuale, i giudici di merito hanno riconosciuto al convivente la legittimazione a chiedere l’affidamento dell’urna cineraria: Trib. Treviso 15 gennaio 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 905, con nota di Cinque.

⁵ Corte EDU, 21 luglio 2015, *Oliari c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 918 con commento di Lenti, *ibidem*, II, 575.

⁶ Corte cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *Fam. e dir.*, 2010, 653, con nota di Gattuso e in *Foro it.*, 2010, I, 1367, con note di Dal Canto e Romboli.



obbligato nella sua effettiva attuazione. Inoltre “l’aspirazione a tale riconoscimento” – precisa la Corte – “necessariamente postula una disciplina di carattere generale”. Tale “disciplina generale” deve essere “finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia”, anche se non è detto che tale disciplina “possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio”.

La Corte di cassazione⁷, a sua volta, ha precisato che le coppie *same-sex* “possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza ... di ‘specifiche situazioni’, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente, sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni ... applicabili nelle singole fattispecie”.

2. – La sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale presenta margini di ambiguità. Da un lato, infatti, include le unioni omosessuali nel perimetro di tutela dell’art. 2 Cost, al punto da imporre al legislatore un obbligo costituzionale di provvedere alla loro disciplina e tutela. Dall’altro esclude che il mancato riconoscimento del diritto di sposarsi integri una violazione degli artt. 3 e 29 Cost. Se è vero, infatti, che l’art. 29 Cost. non “cristallizza” un certo modello di famiglia, è però anche vero che l’art. 29 presuppone il tipo di matrimonio disciplinato dal codice civile, quello tra un uomo e una donna, riflettendosi nella differenza di sessi tra gli sposi il contenuto minimo essenziale del matrimonio secondo il modello al quale i costituenti facevano riferimento. Questi chiaroscuri della motivazione ne rendono controversa l’interpretazione: secondo alcuni il paradigma eterosessuale non potrebbe essere superato se non con legge costituzionale⁸, secondo altri, invece, basterebbe la legge ordinaria⁹.

Questo dibattito si è riaperto in seguito alla sentenza n. 170/2014¹⁰ la quale, nel dichiarare

⁷ Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 588, con nota di Ferrari e Fiorato; in *Fam. dir.*, 2012, 678, con nota di Gattuso. Sulla sentenza v. anche P. Rescigno, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corr. giur.*, 2012, 861.

⁸ In questo senso, ad esempio, Dal Canto, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, 275 ss.; Ruggeri, *Famiglie di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010*, in *Rivista AIC*, 4/2011, Nella dottrina civilistica, di recente sviluppa questo tipo di argomentazioni Renda, *Il matrimonio. Una teoria neoistituzionale*, Milano, 2013, specie 115 ss.

⁹ Nella dottrina costituzionalista, ad esempio, Pezzini, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2010, e in *Giur. cost.* n. 3/2010. In quella civilistica v. Gattuso, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, 2^a ed., Milano, 2011, 793 ss. Rinvio anche a Ferrando, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* fondato da Cicu e Messineo e diretto da Schelesinger, 2^a ed., Milano, 2015, 213 ss., 295 ss.

¹⁰ Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, in *Foro it.*, 2014, I, 2685, con nota di S. Patti. La Corte dichiara “l’illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. 14 aprile 1982, n. 164, con riferimento all’art. 2 Cost., nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell’attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di



illegittimo il c.d. “divorzio imposto” in seguito al mutamento di sesso di uno dei coniugi, nella misura in cui la legge non prevede che i coniugi possano “convertire” il matrimonio in un’altra forma di unione riconosciuta dall’ordinamento, ha ribadito l’incorporazione del paradigma eterosessuale nella nozione di matrimonio “presupposta dal costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.)”. La differenza di sesso tra gli sposi si ribadisce essere requisito essenziale per il nostro ordinamento, dato che “la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29) è quella stessa definita dal codice civile del 1942”, nozione che, come già notato dal precedente del 2010, “stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso”.

Come in altra occasione si è avuto modo di argomentare con maggiore ampiezza¹¹, a mio modo di pensare va esclusa una lettura originalista dell’art. 29. Solo a patto di una inammissibile inversione della gerarchia delle fonti è possibile ritenere “costituzionalizzato” il codice civile del 1942¹². Non è la costituzione a dover essere letta alla luce del codice civile, ma se mai il contrario. Il riferimento alla nozione di matrimonio “presupposta” dal codice civile non va intesa come riferita a quella esistente al tempo della costituente. Se la nozione di matrimonio contenuta nel codice civile cambia, viene ad essere nel contempo modificato il “presupposto” cui la Costituzione fa riferimento. La Costituzione non cristallizza un dato modello di famiglia, ma consente una lettura evolutiva al passo con l’evoluzione dei tempi. L’interpretazione storicistica dell’art. 29¹³, che riferisce la tutela costituzionale non ad un modello immutabile di famiglia, ma a quello effettivamente presente in un dato contesto sociale – e che trova motivi di conferma nell’art. 2 della Costituzione che considera la famiglia, al pari delle altre formazioni sociali, come strumento di promozione dei diritti e delle libertà fondamentali della persona – consente di superare queste obiezioni. Il matrimonio è istituito plasmato dalla storia ed è profondamente mutato a partire dalla seconda metà del secolo scorso, sia nella sua struttura, sia nelle sue finalità¹⁴. A sua volta, l’art. 8 Cedu, come interpretato dalla Corte europea, pur riservando ai legislatori

coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore”. Pronunciandosi successivamente sul caso, la Corte di cassazione ha ritenuto che, in attesa dell’intervento del legislatore, “la caducazione automatica del matrimonio non sia ammissibile perché in contrasto con la Costituzione” (Cass. 21 aprile 2015, n. 8097, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 780, con nota di Azzalini). Nella giurisprudenza europea, v. Corte EDU, *Hämäläinen c. Finlandia* 16 luglio 2014. Al tema del “divorzio imposto” è dedicato il primo numero della rivista on line *Genius. Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, I, 2014.

¹¹ Ferrando, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso. Dalla discriminazione alla pari dignità*, in *Pol. dir.*, 2014, 359 ss.

¹² V. Rodotà, *Il diritto d’amore*, Roma-Bari, 2015, specie 126 ss.

¹³ A partire da P. Barcellona, voce *Famiglia (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 780; Bessone, *Principi etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, diretto da Branca, Bologna-Roma, 1976, sub art. 29, 47 ss.; A. M. Sandulli, sub art. 29, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, I, Padova, 1992, 3 ss., 7 ss.

¹⁴ V. Rodotà, *Diritto d’amore*, cit., 49 ss.



nazionali ampi margini di discrezionalità nel disciplinare le unioni dello stesso sesso, include tuttavia tra le possibili opzioni anche quella matrimoniale.

A ciò si aggiunga che il senso del riconoscimento dei diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio risiede non nella tutela di un modello naturale ed essenzialmente immutabile di famiglia, ma nella messa al riparo della famiglia – in quanto fenomeno che ha una dimensione pregiuridica – da una eccessiva ingerenza dello Stato al suo interno¹⁵, nella stessa direzione indicata dall’art. 8 CEDU quando garantisce il “rispetto della vita privata e familiare”.

Solo in una prospettiva pubblicistica, considerando famiglia e matrimonio tutelati in una dimensione istituzionale, in vista del perseguimento di interessi superiori, potrebbe sostenersi che sia illegittimo riconoscere l’unione omosessuale, perché in tal modo si verrebbe a minare la “Famiglia” riguardata come cellula fondamentale della società, garante dell’ordine sociale e morale della nazione. Questa concezione¹⁶ appartiene ormai al passato, avendo da tempo la dottrina chiarito che nel testo costituzionale – e nell’evoluzione attuale del diritto di famiglia – la famiglia costituisce formazione sociale protetta in quanto luogo dove “fioriscono” le personalità individuali. È la persona al centro dell’universo familiare ed è la sua tutela quella che giustifica la protezione del gruppo¹⁷. Le recenti riforme della separazione e del divorzio (l. n. 162/2014, l. n. 55/2015) accrescono gli spazi in cui può esprimersi l’autonomia dei coniugi nella soluzione della crisi coniugale, consegnando sempre più la famiglia ad una dimensione privatistica¹⁸.

Il principio personalistico, nota in altra occasione la Corte, si pone in contrasto con una concezione della famiglia “nemica delle persone e dei loro diritti”. I diritti individuali non possono essere sacrificati sull’altare di una tutela della famiglia intesa come “antagonista” rispetto ai diritti delle persone¹⁹. In una dimensione privatistica, il riconoscimento del matrimonio gay amplia la tutela di diritti prima sacrificati, ma non mette in discussione la tutela della famiglia e del matrimonio eterosessuale.

La lettura evolutiva del testo costituzionale è stata fatta propria dalla Corte di Strasburgo²⁰.

¹⁵ Aldo Moro, nel corso dell’Adunanza plenaria dell’Assemblea Costituente 15 gennaio 1947, osservò, in particolare, in relazione alla formula “la famiglia è una società naturale”, che “... non è affatto una definizione, anche se ne ha la forma esterna, in quanto si tratta in questo caso di definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di una delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà liberamente vita”.

¹⁶ La cui compiuta elaborazione, si deve a A. Cicu, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, rist., con lettura di Sesta, Bologna, 1978. V. comunque, nella letteratura recente, Renda, *Il matrimonio. Una teoria neoistituzionale*, cit., 215 ss.

¹⁷ Al riguardo si leggano le belle pagine di Zatti, *Introduzione*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, I, cit., 3 ss.

¹⁸ V. Sesta, *Negoziato assistito e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. dir.*, 2015, 295 ss.

¹⁹ Corte cost. 28 novembre 2002, n. 494, in *Famiglia*, 2003, 841, con note di Ferrando e Landini.

²⁰ *Schalk. e Kopf c. Austria*, 2010, cit. La Corte di Strasburgo ha sottolineato che, laddove “il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri sia ristretto”, come accade quando “sussista una differenza di trattamento fondata sul sesso o sull’orientamento sessuale”, il principio di proporzionalità “non richiede meramente che la misura prescelta sia in principio adatta a realizzare l’obiettivo prefissosi. Deve altresì essere dimostrato che era necessario



La Corte costituzionale è ambigua al riguardo²¹, mentre la Corte di cassazione è più esplicita nel riconoscere al legislatore piena discrezionalità nell'optare per il modello matrimoniale o per altre forme di riconoscimento²².

La Corte di cassazione ha successivamente contribuito ad una progressiva messa a fuoco dei principi. Se la Corte costituzionale si limita ad affermare che l'art. 29 Cost. non "cristallizza" un certo modello di famiglia, è stata la Corte di cassazione nel 2012 a precisare che tocca al "legislatore" adeguare il modello normativo: il legislatore "ordinario" (non quello costituzionale), come successivamente ha avuto modo di precisare²³.

Il fatto che la Corte costituzionale abbia ritenuto non "costituzionalmente obbligata" in riferimento all'art. 29, l'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso, non significa, in una sorta di ragionamento a contrario, che dalla sentenza possa desumersi un ostacolo costituzionale all'introduzione del matrimonio egualitario e tanto meno un ostacolo ad una disciplina delle unioni civili analoga a quella matrimoniale²⁴.

Altre Corti costituzionali europee (ad esempio, quella francese²⁵) hanno escluso – al pari della nostra – che nei testi costituzionali sia ravvisabile un vincolo per i legislatori nazionali ad aprire il matrimonio alle coppie dello stesso sesso. Questo non ha impedito alle stesse Corti, chiamate a giudicare della conformità a costituzione delle leggi che in seguito hanno riconosciuto il matrimonio *same-sex*, di respingere le obiezioni di legittimità costituzionale delle nuove leggi, nell'assunto che le norme costituzionali, così come non impongono, neppure impediscono di riconoscere il matrimonio *same-sex*²⁶. Discrezionalità del legislatore significa proprio questo: che è riservato al Parlamento individuare, senza vincoli di ordine costituzionale, le forme di riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso.

escludere le persone impegnate in convivenze omosessuali dall'ambito di applicazione della norma impugnata al fine di raggiungere tale obiettivo".

²¹ Corte cost. n. 138/2010, cit.; Corte cost. n. 170/2014, cit.

²² Cass. n. 4184/2012, cit. Ed ancor più chiaramente, in motivazione, Cass. 6 giugno 2013, n. 14329, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 21, con nota di Schuster; Cass. 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Corr. giur.*, 2015, con nota di Ferrando.

²³ Cass, 9 febbraio 2015, n. 2400, cit. Nello stesso senso, v. già l'ordinanza di remissione sul caso del c.d. "matrimonio imposto": Cass. 6 giugno 2013, n. 14329, cit.

²⁴ "La verità è che il valore precettivo della sentenza si limita al rigetto della pretesa di incostituzionalità del matrimonio quale disciplinato dal codice del '42, ma non permette di affermare che il legislatore è non solo autorizzato, ma obbligato a disporre la sua eterosessualità. Ancor meno, evidentemente, si può da essa argomentare che, quale che sia la definizione giuridica del matrimonio e della unione civile, sia incostituzionale estendere alla seconda parte o tutta la disciplina della prima. Conclusioni di questo genere non sono contenute né ricavabili dalla sentenza della Corte": M. Segni, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 707 ss., specie, 713.

²⁵ Il Conseil Constitutionnel francese si era espresso con sentenza del 28 gennaio 2011. Al riguardo, v. Ferrari, *Lo stato giuridico delle coppie same-sex in Europa*, in Ferrari (a cura di), *Lo status giuridico delle coppie same-sex: una prospettiva multilivello*, Padova, 2014, 91 ss.

²⁶ Per il Belgio, v. Cour d'Arbitrage, n. 159/2004 del 20 ottobre 2004; per il Portogallo, v. Tribunal Constitucional, sent. 359/2009; per la Spagna, v. Tribunal Constitucional, sent. n. 121/2010; per la Francia, v. Conseil Constitutionnel, 17 maggio 2013, n. 2013-669 (in *Foro it.*, 2014, IV, 49 con nota di Casaburi).



Anche la Corte di Cassazione si allinea al modello “pluralistico” fatto proprio nel 2010 dalla Corte costituzionale e dalla Corte europea e successivamente confermato da entrambe²⁷. Questo perché “il processo di costituzionalizzazione delle unioni tra persone dello stesso sesso non si fonda – puntualizza la Cassazione – ... sulla violazione del canone antidiscriminatorio dettata dall’inaccessibilità al modello matrimoniale ma sul riconoscimento di un nucleo comune di diritti e doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia e sulla riconducibilità di tali relazioni nell’alveo delle formazioni sociali dirette allo sviluppo, in forma primaria, della personalità umana”²⁸. La linea è sempre quella tracciata dalla Corte costituzionale quando escludeva che la normativa vigente dia “luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”²⁹.

In Germania la legge sulla convivenza tra persone dello stesso sesso (Lebenspartnerschaftsgesetz-LPartG), entrata in vigore il 1° agosto del 2001, è stata nel tempo modificata per assimilare sotto ogni profilo le partnerships al matrimonio, compresa la possibilità di adozione del figlio dell’altro, cosicché si prevede che l’approdo al matrimonio costituisca il prevedibile esito di questo processo evolutivo³⁰.

Il fatto che alcuni degli Stati che inizialmente avevano optato per un riconoscimento non matrimoniale dell’unione siano poi approdati all’estensione generalizzata del modello matrimoniale (tra gli altri Francia e Inghilterra), testimonia una maggior sensibilità per l’esigenza di eguale rispetto della dignità delle persone che appare pienamente soddisfatta non solo dal riconoscimento di diritti sostanzialmente eguali (cui mirano le partnership) ma anche dalla medesima forma di riconoscimento, quella valida per tutti: il matrimonio, appunto.

Se in Europa prevale un modello pluralistico, altrove si avverte una maggiore sensibilità per i valori di pari dignità e non discriminazione al punto che sono state ritenute illegittime le leggi statuali che riconoscevano il diritto a formare partnerships sostanzialmente equiparate al matrimonio, ma non il diritto di sposarsi. Negli USA, alcune Corti nazionali prima (ad esempio quella della California³¹) e la Corte Suprema Federale³² poi, hanno dichiarato il-

²⁷ Successivamente il modello pluralistico è ripreso in Corte EDU, *Hämäläinen c. Finlandia* 16 luglio 2014 e in Corte cost. n. 170/2014, entrambe relative alla questione del divorzio del transessuale.

²⁸ Cass, 9 febbraio 2015, n. 2400, cit.

²⁹ Ad esempio, Corte cost. n. 404/1988; Corte cost. n. 8/1996; Corte cost. n. 121/2004.

³⁰ V. Patti, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. dir.*, 2015, 958.

³¹ Corte Suprema della California Re: Marriage Cases, 15 maggio 2008. La Corte suprema della California, pronunciandosi sulla legge statale che riconosceva il diritto a formare partnerships sostanzialmente equiparate al matrimonio, ma non il diritto di sposarsi, aveva ritenuto questa disciplina contraria all’*equal protection clause*, in quanto ingiustificatamente lesiva di un diritto fondamentale. Il fatto che la legge sulle partnerships attribuisse alle coppie omosessuali praticamente gli stessi diritti che nascono dal matrimonio non è stato considerato sufficiente, in quanto è il nome stesso “matrimonio” a costituire elemento essenziale del diritto fondamentale delle coppie omosessuali al riconoscimento di pari dignità e rispetto delle coppie da esse costituite. La traduzione dei passi essenziali si legge in *Fam. dir.*, 2008, 761, con nota di FALETTI.

³² Con sentenza del giugno 2013 (*United States v. Windsor* 570 US (2013)), la Corte Suprema Federale ha dichiara-



gittimo il mancato riconoscimento del diritto al matrimonio, riguardato come diritto fondamentale.

3. – Nell’attuale contesto, dunque, non è riconosciuta in Italia la possibilità di formalizzare il reciproco impegno di solidarietà e responsabilità tra persone del medesimo sesso. Le regole applicabili sono quelle che hanno il loro fondamento nell’esistenza di una situazione di “convivenza”. Al riguardo si può osservare come il legislatore da un lato non disciplina le unioni nel timore che in tal modo si affermino principi di ordine generale e che il matrimonio ne risulti svilito. Dall’altro, tuttavia, con interventi di settore, viene ad equiparare la posizione del convivente (senza distinzione alcuna tra conviventi etero od omosessuali) a quella del coniuge in una pluralità di rapporti con i privati, con i pubblici poteri, in quelli con i figli (l. n. 219/2012, d.lgs. n. 154/2013) e talvolta, quando sussiste una condotta violenta, anche in quelli di coppia. Si pensi, ad esempio alla disciplina dei congedi parentali (l. n. 53/2000, d.lgs. n. 151/2001), amministrazione di sostegno (l. n. 6/2004), donazione di organi (l. n. 91/1999), violenza in ambito domestico (l. n. 154/2001, artt. 342 *bis* e 342 *ter*, c.c.), di assicurazione RCA [v. art. 129, co. 2, lett. b), l. n. 209/2005, codice delle assicurazioni], per limitarci a qualche riferimento essenziale, dove il convivente viene considerato al pari al coniuge³³.

A sua volta, la giurisprudenza si è incaricata di dare una risposta ai numerosi problemi che insorgono nei rapporti tra conviventi ed in quelli con i terzi. Anche in mancanza di un intervento del legislatore, l’interpretazione proposta dalle Corti può avere rilevanti conseguenze sul diritto applicato. Fin da ora le coppie possono infatti “adire i giudici comuni per far valere, in presenza di ‘specifiche situazioni’, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato alla coppia coniugata”³⁴. In mancanza di una disciplina specifica, i giudici applicano le regole generali del diritto comune delle obbligazioni e dei contratti, alla luce dei principi fondamentali del nostro ordinamento. È vero che la casistica si riferisce alle coppie di sesso diverso, ma è anche vero che nei rari casi in cui le coppie dello stesso sesso si sono rivolte ai giudici, sono state applicate

rato l’illegittimità costituzionale del *Defense of Marriage Act* del 1996 secondo il quale, ai fini dell’applicazione delle norme federali, il termine matrimonio doveva riferirsi soltanto alle coppie eterosessuali (al riguardo, v. E. Ceccherini, *Quando l’eguaglianza non basta. Brevi riflessioni sulla giurisprudenza statunitense in tema di same-sex marriage alla luce della sentenza Windsor*, in Ferrari (a cura di), *Lo status giuridico*, cit., 155 ss.). Con la più recente sentenza del 26 giugno 2015 (*Obergefell v. Hodges*, in www.articolo29.it) la Suprema Corte Federale ha affermato che il diritto al matrimonio costituisce diritto fondamentale insito nella libertà della persona, di modo che, ai sensi delle clausole del giusto processo e dell’eguale protezione, le coppie del medesimo sesso non possono essere private di quel diritto e di quella libertà. Al riguardo, v. F. Viglione, *Obergefell v. Hodges: il matrimonio same-sex tra libertà e non discriminazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 588. Per un approfondimento del diritto nord americano, v. D’Amico, Nardocci, Winkler, *Orientamento sessuale e diritti civili. Un confronto con gli Stati Uniti d’America*, Milano, Franco Angeli, 2014.

³³ E si consideri inoltre la disciplina in materia di edilizia residenziale pubblica (l. n. 179/1992), o di interventi a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata (l. n. 302/1990).

³⁴ Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, cit.



le stesse regole giurisprudenziali a proposito, ad esempio, di contribuzione alla vita comune, risarcimento del danno da uccisione, o di contratto di locazione³⁵.

In realtà la prevalente casistica giurisprudenziale relativa a coppie dello stesso sesso ha ad oggetto un altro ordine di questioni: quello del riconoscimento stesso dell'unione, questione che, come notavamo in apertura, costituisce il problema centrale per le coppie dello stesso sesso³⁶. Nell'attuale contesto normativo si esclude che le coppie dello stesso sesso possano contrarre matrimonio in Italia³⁷ od ottenere il riconoscimento di quello celebrato all'estero³⁸. Maggiori aperture si riscontrano sul versante del riconoscimento del diritto all'unità familiare quando sussistano elementi di internazionalità e venga chiesto il ricongiungimento familiare o il diritto, per i cittadini dell'unione, di circolare liberamente, trasferendosi con il proprio compagno³⁹.

4. – Questa situazione determina una grave insufficienza di tutela di diritti fondamentali⁴⁰. Già nella sentenza del 2010 la Corte costituzionale aveva sottolineato la doverosità dell'intervento del legislatore, e successivamente lo ha richiamato all'obbligo di provvedere “con la massima sollecitudine”⁴¹. A sua volta la Corte europea osserva che “la tutela attualmente disponibile non solo è carente nel contenuto, nella misura in cui non provvede alle esigenze fondamentali della coppia”. È anche carente per i modi in cui viene realizzata in quanto dipende “dall'atteggiamento dei giudici (o a volte anche degli organi amministrativi) nel contesto di un paese che non è vincolato dal sistema del precedente giudiziario”. La Corte ritiene che “la ripetuta inosservanza da parte del legislatore delle pronunce della Corte costituzionale ... indebolisca potenzialmente la responsabilità della magistratura e nel caso di specie abbia lasciato gli interessati in una situazione di incertezza giuridica”. Le conclusioni della Corte sono una dura condanna del legislatore italiano “in assenza di un interesse prevalente della comunità allegato dal Governo italiano con il quale bilanciare i fondamentali interessi dei ricorrenti sopra identificati, ed alla luce delle conclusioni delle Corti nazionali sulla materia, che sono rimaste inascoltate, la Corte ritiene che il Governo italiano abbia ecceduto il suo margine di apprezzamento ed abbia mancato di adempiere la sua obbligazione positiva di assicurare che i ricorrenti potessero

³⁵ Si rinvia a L. Balestra, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004, specie, 36 ss.

³⁶ Rinvio al mio *Il matrimonio*, cit., specie, p. 295 ss.

³⁷ Cass. 9 febbraio 2015, n. 2400, cit.

³⁸ Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, cit.; Cons. Stato 26 ottobre 2015, in *articolo29.it*.

³⁹ V., ad esempio. Trib. Reggio Emilia 13 febbraio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 589, con nota di Ferrari e Fiorato. Più diffusamente, al riguardo, Ferrari, *Status giuridico e orientamento sessuale. La condizione giuridica dell'omosessualità dalla sanzione alla liberazione, alla dignità*, Padova, 2015, specie, 185 ss.

⁴⁰ Corte EDU 21 luglio 2015, *Oliari c. Italia*, cit. E v. anche *Vallianatos c. Grecia* 8 novembre 2013; *X c. Austria*, 19 febbraio 2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 519, con nota di Fatta e Winkler.

⁴¹ Corte cost. n. 170/2014, cit.



disporre di uno specifico quadro legale che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali”⁴².

Per il legislatore italiano vi è dunque un’obbligazione positiva di introdurre una disciplina delle unioni con il matrimonio o con altra forma “equivalente”. La legge, quale che sia il nome che si voglia dare alle unioni – partnerships, unioni registrate, unioni civili o altro – deve dunque assicurare ad esse – in quanto “famiglie” ai sensi dell’art. 8 della Convenzione (Shalk and Kopft) – una tutela equivalente al matrimonio, il che significa, come in altra occasione la Corte ha avuto modo di precisare, una somiglianza molto stretta con il matrimonio⁴³. Anche la nostra Corte costituzionale (n. 138/2010), d’altra parte, ha indicato nel matrimonio il riferimento in relazione al quale eventualmente valutare la ragionevolezza di lamentate mancanze di tutela.

Il legislatore deve quindi garantire alle coppie dello stesso sesso una tutela analoga a quella del matrimonio, vale a dire una modalità di formalizzazione del vincolo che le parti intendono pubblicamente assumere con effetti corrispondenti a quelli del matrimonio.

5. – Nelle sue linee di fondo, la disciplina delle unioni civili contenuta nel testo del progetto di legge attualmente all’esame del Parlamento si uniforma a queste indicazioni⁴⁴. La costituzione dell’unione avviene, alla presenza di due testimoni, innanzi all’ufficiale di stato civile il quale ne cura la registrazione nell’archivio di stato civile. La procedura è più agile di quella prevista per il matrimonio, essendo omessa la fase della pubblicazione. Per quanto riguarda la celebrazione, poi, a fronte della dichiarazione delle parti, non è prevista quella dell’ufficiale di stato civile, cosicché emerge la natura squisitamente consensuale dell’atto. Analoghi al matrimonio sono anche impedimenti e condizioni. Anche gli effetti dell’unione civile sono simili a quelli del matrimonio, talvolta richiamati mediante parafrasi dei corrispondenti articoli del codice civile, altra volta per diretto rinvio alle disposizioni codicistiche. Per la disciplina del codice civile vale il principio che trovano applicazione solo le norme espressamente richiamate, restando così escluse quelle relative ai rapporti tra genitori e figli. Per quanto riguarda le leggi speciali, invece, vale il principio opposto, nel senso che le leggi speciali, con l’eccezione dell’adozione, si applicano anche ai partner di unioni registrate ogni volta in cui la legge riporti le parole “coniu-

⁴² Corte EDU 21 luglio 2015, *Oliari c. Italia*, cit.

⁴³ v. *Hämäläinen c. Finlandia* 16 luglio 2014. La sentenza si riferisce ad un caso di mutamento di sesso di persona coniugata la quale lamentava che fosse imposta la conversione del matrimonio in unione registrata. La Corte esclude la violazione della Convenzione dato che, secondo la legge finlandese, le differenze tra matrimonio e unione registrata sono marginali.

⁴⁴ V. il progetto unificato n. 2801, in tema di “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze” nel testo dell’ottobre 2015, Relatrice Sen. Cirinnà, modificato poi con il c.d. Maxi emendamento approvato con voto di fiducia dal Senato il 26 febbraio 2016. Si considera in questa sede, solo il capi I dedicato delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, non il capo II dedicato alla disciplina della convivenza non formalizzata tra persone di sesso diverso o dello stesso sesso.



ge”, “coniugi” (art. 3, c. 4). Ne risultano immediatamente applicabili, tra le altre, le discipline in materia assistenziale, previdenziale, pensionistica, sanitaria.

La principale differenza tra matrimonio ed unioni civili riguarda i rapporti con i figli: non vengono richiamate la presunzione di paternità (art. 231), la disciplina degli effetti del matrimonio nei confronti dei figli (artt. 147, 148 c.c.), l’adozione. Nei rapporti di coppia, si segnala la facoltà di scelta del cognome comune, in tal modo anticipando quella che potrebbe essere la nuova disciplina del cognome dei coniugi. Il maxi emendamento ha inoltre espunto la fedeltà dal novero dei diritti e doveri reciproci ed ha inoltre previsto una disciplina più snella dello scioglimento del matrimonio che può essere chiesto direttamente, senza passare attraverso la previa separazione legale, (c.d. “divorzio immediato” o “diretto”), ferma restando una pausa di riflessione di tre mesi.

Va poi sottolineata la norma (non presente nella precedente stesura del disegno di legge) che prevede la conversione in unione civile del matrimonio in seguito alla rettifica di attribuzione di sesso di uno dei coniugi, quando essi non vogliano divorziare (art. 7). Tale norma risponde alla richiesta espressamente formulata dalla Corte costituzionale⁴⁵, ponendo fine alla situazione di “stallo”, cui ha offerto una risposta interinale la Corte di cassazione⁴⁶.

Nelle sue linee essenziali, il progetto si conforma ai principi costituzionali interni ed europei nell’interpretazione datane dalle supreme magistrature⁴⁷. A successivi decreti delegati è affidata la messa a punto delle questioni in tema di ordinamento di stato civile, diritto internazionale privato, e tutte quelle modificazioni e integrazioni necessarie per il coordinamento con le leggi vigenti (art. 8).

6. – Il punto più discusso è quello dell’adozione da parte del partner del figlio dell’altro. Mentre il testo Cirinnà prevedeva la possibilità di adozione in casi particolari del figlio del partner, analogamente a quanto previsto per il figlio del coniuge (art. 44, lett. b), l. n. 184/1983)⁴⁸, questa disposizione è stata stralciata dal maxi emendamento. In tal modo cade la parte più qualificante del progetto ed ancora una volta sono i più deboli, i bambini, a far le spese delle mediazioni e dei compromessi della politica.

Nel testo approvato dal Senato si precisa tuttavia che “resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti” (comma 20).

⁴⁵ Corte cost. n. 170/2014, cit.

⁴⁶ Cass. n. 8097/2015, cit.

⁴⁷ Per una serie di rilievi in tal senso si segnala M. Segni, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, cit.

⁴⁸ L’art. 44 della l. n. 183/1984 – che disciplina la c.d. “adozione del minore in casi particolari” – veniva modificato nella sua lettera b) – adozione da parte del coniuge del genitore – prevedendo che l’adozione possa essere effettuata, oltre che dal coniuge, anche dall’altra parte dell’unione civile tra persone dello stesso sesso. Il disegno di legge modifica esclusivamente l’art. 44, cosicché restano invariate le altre condizioni richieste dalla legge per tale tipo di adozione, vale a dire il consenso dell’adottante e dell’adottato che abbia compiuto il quattordicesimo anno di età (art. 45), il consenso dell’altro genitore (art. 46), l’accertamento, da parte del Tribunale per i minorenni, della sussistenza del preminente interesse del minore nelle forme e con le modalità previste dall’art. 57.



Nel silenzio del legislatore, dovranno essere ancora una volta i giudici a garantire il diritto dei figli alla certezza e stabilità del rapporto con coloro che effettivamente esercitano la funzione genitoriale. Ma la giurisprudenza solo in modo imperfetto può attuare quel diritto alla “propria famiglia” che la l. n. 184/1983, nel suo primo articolo garantisce ad ogni bambino, dove la “propria” famiglia non è quella ipotizzata in modo generale ed astratto dal legislatore, ma quella reale che la vita ha dato a ciascuno di loro.

La rassegna della giurisprudenza che in questi anni, sempre più numerosa, si confronta con i problemi che si pongono nelle famiglie arcobaleno, sia nel fisiologico svolgersi del rapporto sia nel momento della crisi, conserva dunque ancora attualità ed interesse. È noto come, nell’attuale silenzio normativo, le questioni più delicate riguardano proprio i rapporti tra genitori e figli. In assenza di una disciplina legislativa, il diritto dei figli alla certezza e stabilità del rapporto con coloro che effettivamente esercitano la funzione genitoriale è affidata all’intervento giudiziale, necessariamente episodico, frammentario e incerto nei suoi esiti. Non è infrequente la presenza di figli in famiglie omosessuali. Può trattarsi del figlio nato da precedenti matrimoni o unioni, o del figlio frutto di un progetto comune e generato con inseminazione eterologa o maternità surrogata all’estero (a seconda che si tratti di coppie formate da due donne o da due uomini)⁴⁹. Uno dei genitori ha un legame anche biologico con il bambino, l’altro è legato al bambino da vincoli psico-sociali di responsabilità. La richiesta di formalizzazione del rapporto mira ad ottenere le garanzie giuridiche che lo mettano al riparo dai rischi (ad esempio, per il caso di morte del genitore biologico, o di rottura della vita comune) e dalle incertezze che lo caratterizzano nei confronti dei terzi (si pensi alle istituzioni scolastiche o sanitarie).

È proprio la focalizzazione dell’attenzione su ciascun bambino, sulla effettività della situazione in cui ciascuno si trova, sui suoi bisogni essenziali a suggerire ai giudici la risposta ai casi concreti volta a volta sottoposti alla loro attenzione.

Talvolta la questione riguardava l’affidamento del figlio in seguito alla rottura del matrimonio. La convivenza della madre con altra donna non è stata considerata di ostacolo all’affidamento esclusivo, mancando qualsiasi evidenza scientifica che una l’omosessualità della madre e la convivenza con la sua compagna possa influenzare negativamente la crescita del figlio⁵⁰. Anche il provvedimento di affidamento familiare (art. 4, l. n. 184/1983) ad una coppia gay è stato ritenuto ammissibile, in quanto costituiva la soluzione più idonea a realizzare l’interesse del figlio nello specifico contesto⁵¹.

In altri casi le questioni riguardavano il riconoscimento in Italia dello *status filiationis* con-

⁴⁹ Nella letteratura sociologica, v. Barbagli e Colombo, *Omosessuali moderni*, Bologna, 2007; Bosisio e Ronfani, *Le famiglie omogenitoriali. Responsabilità, regole e diritti*, Roma, 2015. Per quanto riguarda gli aspetti psico-sociali, v. Lingiardi, *Citizen gay. Affetti e diritti*, Milano, 2007.

⁵⁰ Cfr. Cass. 11 gennaio 2013, n. 601, in *Fam. e dir.*, 2012, 170, con nota di Ruscello), V. anche sulla sentenza Balestra, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra “pregiudizio” e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2013, 7, 893.

⁵¹ Trib. Min. Palermo 4 dicembre 2013, in *Fam. dir.*, 2014, 351; Trib. Min Bologna 31 ottobre 2013, *ivi*, 2014, 273, con nota di F. Tommaseo.



seguito all'estero. Quando le coppie dello stesso sesso ricorrono alla fecondazione assistita in Paesi che ammettono la doppia genitorialità, si pone il problema del riconoscimento in Italia dello *status* nei confronti di due madri o di due padri, cosa che da noi non è prevista. In Italia la Corte d'appello di Torino, ha ammesso il riconoscimento dello *status* di una bambina nata in Spagna con fecondazione eterologa da una coppia di donne lesbiche, ivi coniugate, e ivi registrata come figlia di entrambe⁵². Anche la Corte d'appello di Milano ha riconosciuto lo status conseguito in Spagna da una bambina nata per fecondazione eterologa da una coppia di donne ivi coniugate ed adottata dalla co-madre con adozione "piena", secondo quanto prevede la legge spagnola, escludendo qualsiasi contrasto con l'ordine pubblico derivante da un tale riconoscimento⁵³.

Altre volte, in applicazione dell'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983, è stata accolta la domanda di adozione in casi particolari da parte della compagna della madre biologica che aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa all'estero⁵⁴. Si è infatti ritenuto, da un lato, che la nozione di "impossibilità di affidamento preadottivo", secondo l'interpretazione ormai corrente, vada intesa non solo nel senso di impossibilità "di fatto", ma anche in quello di impossibilità "di diritto" – intendendosi tale quella derivante dalla mancanza dei presupposti giuridici per procedere all'adozione "piena" –; dall'altro che il ricorso all'adozione, sia pur nella sua forma "minor", corrisponda al preminente interesse del bambino, riguardato come persona, nella concretezza della sua vicenda esistenziale.

Problemi ancor più complessi si pongono nel caso in cui, nonostante il divieto contenuto nella l. 40/2004, i partners facciano ricorso alla maternità surrogata all'estero. Al momento, tuttavia, la casistica nota si riferisce a coppie di sesso diverso⁵⁵.

⁵² App. Torino 29 ottobre 2014, in *Fam. dir.*, 2015, 822, con nota di M. Farina. Contro la sentenza ha fatto ricorso in Cassazione il PM.

⁵³ App. Milano 1° dicembre 2015. In un caso analogo di domanda di riconoscimento di adozione piena pronunciata negli USA il Trib. Min. Bologna (10 novembre 2014, in *www.articolo29.it*) solleva la questione di legittimità costituzionale "degli artt. 35, 36 della l. n. 184/1983 nella parte in cui – come interpretati secondo diritto vivente – non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato (all'estero), il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio stesso abbia prodotto effetti in Italia (come per la fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso)". La questione è stata dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale (v. Comunicato stampa del 24 febbraio 2016).

⁵⁴ Trib. Min. Roma 30 luglio 2014, Trib. Min. Roma 22 ottobre 2015, in *www.articolo29.it*. Nella giurisprudenza della Corte Europea, v. Corte EDU, *X c. Austria*, 19 febbraio 2013, cit.; *Gas e Dubois c. Francia* 15 marzo 2012.

⁵⁵ La Corte europea di Strasburgo ha condannato la Francia in quanto il mancato riconoscimento dello *status* acquisito all'estero nei confronti del padre biologico lede il diritto del figlio alla propria identità, come aspetto della vita familiare (Corte EDU *Mennesson c. Francia*, *Labassee c. Francia* 26 giugno 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 12, 1122, con nota di C. Campiglio). In Italia la "portabilità dello stato" era già stata ammessa da App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, III, 589, con nota di C. Campiglio, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*.

La tutela è più forte nel caso in cui uno dei genitori che hanno voluto il figlio sia anche genitore genetico: almeno lui può riconoscerlo e garantirgli in questo modo uno stato certo, anche se unilaterale (Trib. Min. Milano 6 settembre



Altre volte ancora, a venire in primo piano sono le questioni che insorgono alla rottura della convivenza tra partner dello stesso sesso, quando il genitore “biologico” nega il diritto dell’altro di continuare a frequentare il bambino, un diritto che talvolta i giudici hanno riconosciuto sulla base di un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 337 *bis* c.c.⁵⁶.

Nella situazione attuale i diritti del bambino non ricevono un’attenzione ed una tutela adeguata alla loro rilevanza costituzionale. Il “diritto giurisprudenziale” da solo, è la Corte europea a farlo notare⁵⁷, non offre una tutela adeguata. Il dibattito parlamentare si è purtroppo focalizzato sulla condotta dei genitori, prospettandosi da alcuni come preminente l’esigenza di rafforzare la sanzione penale per il ricorso alla maternità surrogata all’estero. In tal modo si ripropone quella logica – che speravamo ormai espunta dal sistema) – per cui il diritto dei figli allo *status* ed alla relazione con i genitori viene condizionato dalla supposta esigenza di sanzionare e/o prevenire condotte dei genitori ritenute “devianti”. Se questa logica è venuta meno anche nel caso di genitori incestuosi (v. art 251 cc.), perché deve essere riproposta nel caso di ricorso alla gestazione per altri in quei Paesi (come il Canada e la California) che la ammettono e la disciplinano?

L’evoluzione del sistema e della giurisprudenza delle Supreme Corti offre agli interpreti ed al legislatore indicazioni in altre direzioni. Vale la pena di ricordare alcuni principi base dell’attuale diritto della filiazione che possono guidare il nostro ragionamento.

L’attuale sistema, nell’evoluzione che lo ha segnato, dai codici di stampo ottocentesco alla disciplina vigente, considera il bambino come persona, fin dalla nascita titolare di diritti propri,

2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 712, con nota di Turlon). Più problematica ove manchi il legame biologico con entrambi. Il rischio è infatti che possano scattare nei confronti dei genitori provvedimenti limitativi della responsabilità parentale (Art. 333 c.c.) (Trib. Min. Milano 1° agosto 2012, *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 712, con nota di Turlon), o vengano instaurati procedimenti di impugnazione del riconoscimento (Trib. Min. Milano 1° agosto 2012, cit. il quale, nell’autorizzare l’azione ex art. 263 prescinde completamente da ogni valutazione dell’interesse della minore che ormai da 15 anni viveva con la madre), o di adottabilità (Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.* 2014, I, 3408, con nota critica di Casaburi. E v. anche Cass. 8 novembre 2013, n. 25231, in *Foro it.*, 2014, I, 59, con nota di Casaburi). La Corte europea, tuttavia, in un caso di maternità surrogata all’estero in cui il figlio non aveva alcun rapporto genetico con i genitori committenti, ha condannato l’Italia in quanto i giudici interni, non attribuendo alcuna rilevanza allo stato conseguito all’estero e pronunciando l’adozione del minore, non avrebbero sufficientemente considerato l’interesse di questi e l’esigenza di rispetto della sua vita familiare – da intendere come rapporti familiari effettivamente esistenti a prescindere dal loro riconoscimento legale (Corte EDU *Paradiso e Campanelli c. Italia* 27 gennaio 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 9, I,834, con nota di Shuster). In argomento, da ultimo, v. Querci, *La maternità “per sostituzione” fra diritto interno e carte internazionali*, in *Fam. dir.*, 2015, 1142 ss. E v. già Corti, *La maternità per sostituzione*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, *Il governo del corpo*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, I, 1491 ss.

⁵⁶ Trib. Palermo 15 aprile 2015, in *Foro it.*, 2015, I, 1780 con nota di Casaburi, che ha riconosciuto il diritto di due minori di mantenere un rapporto stabile e significativo con la mamma sociale, priva cioè di legami biologici con gli stessi, prevedendo in caso di separazione dei genitori dello stesso sesso un calendario di incontri che consenta a quest’ultima di tenere con sé i figli per alcuni giorni alla settimana. In senso contrario v. App. Palermo (ord.) 31 agosto 2015, che solleva la questione di legittimità costituzionale dell’art. 337 *bis* c.c. nella parte in cui non riconosce il diritto del bambino di conservare rapporti significativi non solo con i parenti, ma anche con il “genitore sociale”.

⁵⁷ Corte EDU, *Oliari c. Italia* (2015), cit.



la cui tutela non può essere condizionata da finalità “altre”, assunte come corrispondenti ad un “superiore” interesse. In particolare il diritto allo *status* dei figli non può essere condizionato dalla supposta esigenza di sanzionare e/o prevenire condotte dei genitori ritenute “devianti”.

Anche nei casi di condotte dei genitori riguardate dal legislatore come particolarmente gravi, e come tali penalmente sanzionate, è infatti ormai escluso che ne possano derivare automatiche conseguenze sullo *status* dei figli e sul rapporto con i genitori. Si pensi alla nuova disciplina dell'accertamento di filiazione nel caso di genitori incestuosi, accertamento non più legato alla qualità della condotta (buona o mala fede dei genitori), ma esclusivamente all'interesse del bambino (art. 251 c.c.)⁵⁸. Si pensi alla condanna per alterazione di stato: la Corte costituzionale ha escluso che la sanzione accessoria della decadenza dalla potestà/responsabilità dei genitori possa costituire un effetto automatico della condanna, dovendo anche in tal caso il giudice valutare, nell'esclusivo interesse del bambino, l'effettiva qualità della relazione e l'opportunità di salvaguardarla⁵⁹.

A sua volta, la legge n. 40/2004 (art. 9), pur vietando la fecondazione eterologa, ha poi disciplinato lo *status* del figlio nato con il ricorso a questa pratica alla luce del principio di responsabilità dei genitori e di tutela del preminente interesse del bambino⁶⁰. Il divieto di impugnazione della paternità da parte dell'uomo che ha dato il consenso all'inseminazione della sua compagna tiene ferma la genitorialità del padre sociale, pur in assenza di legame biologico, nell'assunto che il diritto del bambino alla certezza e stabilità dello *status* prevalga sul principio di “verità” genetica della filiazione.

La legge di riforma della filiazione (l. n. 219/2012, d.lgs. n. 154/2013) ha attribuito piena ed eguale dignità allo stato di figlio, si tratti di figlio generato – nel matrimonio o al di fuori di esso – o di figlio adottato (artt. 74, 315 c.c.), con ciò indicando nella generazione il fondamento non esclusivo della filiazione che può attingere anche a valori psico-sociali di responsabilità. Nel prevedere, poi, un termine tombale di prescrizione (5 anni dalla nascita) per l'azione di impugnazione della paternità da parte del marito (art. 244 c.c.) o compagno della madre (art. 263 c.c.) ha ulteriormente valorizzato la genitorialità fondata su valori psicosociali di responsabilità piuttosto che sulla derivazione genetica.

Nuova disciplina della parentela e nuova sistematica della responsabilità dei genitori scolpiscono con evidenza il fatto che il baricentro della famiglia si è spostato dal matrimonio alla filiazione. Nella disciplina di riforma, la tutela del figlio porta con sé la tutela delle relazioni in cui si svolge la sua personalità. I diritti dei figli, sono diritti che si incardinano nella relazione (art. 315 bis): quella tra i genitori, anche se non sposati, nel fisiologico svolgersi della vita fami-

⁵⁸ Al riguardo, v. già Corte cost. n. 494/2002, cit.

⁵⁹ Corte cost. 23 febbraio 2012, n. 31; Corte cost. 23 gennaio 2013, n. 7.

⁶⁰ V. Corte cost. 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, I, 802, con mio commento *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, *ivi*, 2014, II, 392.



liare (art. 316 c.c.) e nel momento della crisi del loro rapporto (art. 337 *bis* ss. c.c.); quella con i nonni e gli altri parenti, secondo quanto dispongono gli artt. 315 *bis* e 317 *bis*.

A veder bene, la riforma 2012/2013 si colloca nel solco di una tendenza di più ampia portata di cui si sono fatti interpreti la Corte europea dei diritti dell'uomo e, di riflesso, anche i giudici interni.

Schematizzando, la riforma ci indirizza su due prospettive di indagine: da un lato ci possiamo chiedere in che misura la perdita di centralità del matrimonio (iniziata con la riforma della filiazione e proseguita con il “divorzio rapido” (l. n. 162/2014) e con il “divorzio breve” (l. n. 55/2015), si accompagna alla crescente rilevanza di rapporti familiari di fatto, non formalizzati nel matrimonio.

Dall'altro possiamo verificare in che misura l'affermarsi dei diritti del bambino (diritto allo *status*, all'identità, alla salvaguardia della vita familiare) porta ad ampliare la nozione di famiglia (e la relativa tutela) anche a rapporti parentali in passato considerati *border line*.

La perdita di centralità del matrimonio si accompagna al riconoscimento dei diritti del bambino e del loro carattere preminente. Non si accetta più che in nome di un interesse superiore possano essere sacrificati i diritti delle persone, quelli del figlio in modo particolare.

7. – La tutela del preminente interesse del figlio porta la Corte europea a declinare in termini estremamente ampi il concetto di vita familiare secondo un approccio concreto e funzionale che parte dall'effettività del rapporto genitoriale e familiare per riconoscere tutela a tutti i soggetti che di esso sono protagonisti. Ne risultano concetti di “famiglia” e “vita familiare” fluidi, attenti alle diverse situazioni che si presentano nella realtà sociale. La famiglia, par di capire, è quella che la vita ha dato a ciascuno e non quella che il legislatore stabilisce una volta per tutte. Di questo approccio si ritrovano molteplici esempi, si pensi soltanto ai casi *Wagner c. Lussemburgo* (2007)⁶¹ e *Negrepontis c. Grecia* (2011)⁶², *Moretti e Benedetti c. Italia* (2010)⁶³ in materia di adozione, ai casi *Menneson e Labassee c. Francia* (2011)⁶⁴ in tema di maternità per sostituzione. Il principio di ordine pubblico sul quale orientare le decisioni è quello del preminente interesse del minore che prevale su quelli fatti valere volta a volta dagli Stati in materia di adozione o di PMA e che impone agli Stati di garantire il rispetto della vita familiare anche mediante il riconoscimento nello Stato nazionale dello *status* conseguito all'estero.

Attraverso i figli esce dall'ombra la molteplicità delle relazioni in cui si svolge la loro personalità e che (almeno) per questo meritano tutela. La tutela dell'interesse del bambino richiede garanzia della continuità delle relazioni affettive, anche quando si tratti di rapporti familiari di

⁶¹ Sentenza 28 giugno 2007.

⁶² Sentenza 3 maggio 2011.

⁶³ Sentenza 27 aprile 2010.

⁶⁴ Sentenze 26 giugno 2014, *Menneson c. Francia* e *Labassee c. Francia*.



fatto, come di recente conferma la legge sul “diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare” (l. n. 173/2015).

L’adozione in casi particolari è stata introdotta dal legislatore del 1983 (l. n. 184/1983, artt. 44 ss.) proprio per rendere possibile la formalizzazione del rapporto genitore-figlio in situazioni in cui non sarebbe possibile pronunciare l’adozione piena ed in cui, tuttavia, l’adozione risponde all’interesse del bambino in quanto sussiste già una relazione significativa tra minore e adottante⁶⁵. La flessibilità della disciplina ne ha reso possibile l’applicazione in una grande varietà di situazioni e la stessa Corte europea la ha ritenuta talvolta preferibile all’adozione piena proprio per la sua attitudine a salvaguardare la pluralità di relazioni significative per la crescita del bambino⁶⁶. L’adozione del figlio del partner dello stesso sesso intende rendere possibile una pronuncia del giudice nel preminente interesse del minore. Il giudice, nel pronunciare l’adozione in casi particolari nei confronti del partner del genitore, deve, secondo la regola generale (art. 57, l. n. 184/1983), verificare che l’adozione in casi particolari corrisponda all’interesse del minore, tenuto conto in ciascun caso della specifica situazione esistenziale del bambino.

La valorizzazione dei legami familiari di fatto, secondo la dottrina elaborata dalla Corte europea di Strasburgo, il rifiuto della logica sanzionatoria, secondo i principi ormai sanciti dalla riforma della filiazione, offrono un contributo rilevante ad una discussione scevra da pregiudizi che tenga conto dell’interesse del bambino concreto, inserito nella trama di relazioni in cui la vita lo ha collocato.

⁶⁵ Rinvio a Ferrando, *L’adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 679 ss. Più in generale cfr. Dogliotti, *L’adozione in casi particolari*, in *Filiazione, adozione, alimenti* (a cura di T. Auletta), in *Trattato Bessone*, Torino, 2011, 517 ss.; Collura, *L’adozione in casi particolari*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, vol. II, *La filiazione*, a cura di Collura, Lenti e Mantovani, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2011, 951 ss.; Urso, *L’adozione in casi particolari*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, vol. III, *Filiazione e adozione*, Bologna, 2007, 765 ss.

⁶⁶ Corte EDU, *Zhou c. Italia* 21 gennaio 2014.



ALDO PETRUCCI

Ordinary Professor of Roman Law and Foundations of European Law – University of Pisa

EUROPEAN DIGITAL SINGLE MARKET IN THE PERSPECTIVE OF EUROPEAN LEGAL TRADITION

SUMMARY: 1. The path towards the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law. – 2. Purposes, scope and content of the CESL. – 3. A future European Digital Single Market. – 4. New perspectives of European Contract law and European Legal Tradition: a) Some general remarks. – 5. b) Some specific examples from Parts II, III and IV of CESL.

1. – As it is well known, the preliminary step leading to a *CESL* Draft was the writing and publication in the year 2009 of the *Draft Common Frame of Reference of the European Private Law*, which represents the most important effort made up to now to approach and harmonize some parts of patrimonial private law of EU Member States. Its functions should have been to increase constancy of the *acquis communautaire* in the field of contractual law and to support its uniform application to ease cross-border transactions, and to suggest to national lawmakers a set of model – rules that could help to establish an uniformed and general law of contract, if voluntarily adopted by the EU Member States.

For the implementation of the *DCFR*, the Commission decided to finance a three – years research through a network (*DCFR*-Network) formed by two already existing groups: the Study Group on a European Civil Code and the *Acquis* Group (Research Group on Existing EC Private Law); their workshops and meetings were scheduled during the years 2004-2007 and involved not only researchers and academics, but also experts and representatives of associations and interested groups of the EU Member States and other European countries, as Switzerland and Norway¹.

The *DCFR* is divided into three parts: a) ten books of *Model Rules*; b) a separate part of *Principles*, and c) an annex devoted to *Definitions*. As refers to the content of each part, we may use indications supplied by the same Authors in *The Introduction*².

In the part of *Principles*, we can find four *Underlying principles* consisting in freedom, security, justice and efficiency; *Model Rules* are contained in 1023 articles distributed in ten books

¹ See C. VON BAR-E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, Munich, 2009, 4 ff.; in Italian cf. G. ALPA-G. IUDICA-U. PERFETTI-P. ZATTI, *Il Draft Common frame of reference del diritto privato europeo*, Padova 2009; A. PETRUCCI, *Il Progetto di “Quadro comune di riferimento (DCFR)”*, in G. LUCHETTI-A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, Bologna, 2010, 9 ff.

² VON BAR-CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* cit. *Introduction*, 12 ff.

JUS CIVILE



and do not have any normative force, but are considered as “soft law” rules as those of *PECL* (*Principles of European Contract Law*) written by the Lando Commission between 1996 and 2001³. These rules concern the general part of contracts, obligations and corresponding rights and some specific contract-types (sales, lease of goods, services, mandate contracts, commercial agency, etc.) as well as benevolent intervention in another’s affairs, non-contractual liability arising out of damage caused to another, unjustified enrichment and finally acquisition and loss of ownership of goods, owners security on movable assets and *Trusts*. *Definitions* have a function of suggestions for the development of the uniform legal language and terminology at European level.

As it can be seen, although the *DCFR* excludes from its area of application the private law matters provided in Article I. – 1:101 (2)⁴, it goes far beyond the intentions reserved to the ‘Common Frame of Reference’ by the European Commission, because of the addition of parts relating to non-contractual obligations (benevolent intervention in another’s affairs, unjustified enrichment and non-contractual liability arising out of damages), to acquisition and loss of ownership of goods, owners security on movable assets and trust, in order to point out the independence of the ‘academic work’ from the constraints of ‘politic choices’⁵.

The strong criticism addressed to the *DCFR* by many scholars and professionals for its systematic and methodological choices⁶ and a more cautious attitude (almost ‘a step back’) did not prevent the European Commission from taking two important steps in the first half of 2010. The first was the creation, by a decision of April 26th, 2010, of a Group of experts (independent and not more than twenty) with the task of helping the Commission to prepare the ‘Common Frame of Reference’ (*CFR*) in the field of European contract law, by selecting the corresponding parts of the *DCFR* and improving them in the light of the *acquis* and further studies. The second one is the publication, on July 1st, 2010 of a Green Paper on possible options in the adoption of European contract law for consumers and companies or professionals, in order to consult common people, organizations and Member States, on what would be the most appropriate common legal instrument to achieve this aim: an immediately binding (Regulation) or one that requires the mediation of national legislators (Directive or Recommendation).

³ For a Italian translation of *PECL* and a commentary thereon cf. C. CASTRONOVO, *I principi di diritto contrattuale europeo* I e II Parte, Milano, 2001, III Parte, Milano, 2005.

⁴ Status and legal capacity of natural persons; will and succession; family relationships, including marriage; bills of exchange, checks, promissory notes and other negotiable instruments; employment relationships; the ownership of, or rights in security over, immovable property; creation and regulation of companies and other bodies corporate or incorporated; matters relating primarily to procedure or enforcement.

⁵ Cf. VON BAR-CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition Introduction*, cit., 3.

⁶ Starting from the 2008’s Interim Outline Edition of *DCFR*: cf. R. ZIMMERMANN et al., *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht. Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme*, in *JZ*, 63, 2008, 529 ff. and G. ALPA-G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common frame of reference e sulla revisione dell’Acquis communautaire*, in *Riv. Dir. Civ.*, 54, 2008, 141 ff.

JUS CIVILE



The final outcome was the decision to pass the Proposal for a Regulation n. 2011/0284 of October 11th 2011 including the draft of a Common European Sales Law (COM(2011) 635 final). Let's now consider shortly its purposes, scope and content.

2. – European Authorities are perfectly conscious that there are still considerable bottlenecks to cross-border economic activity that prevent the internal market from exploiting its full potential for growth and job creation. One of the most important bottlenecks is represented by contract-law-related transaction costs and barriers which have been shown to be of considerable proportions and therefore work to the detriment of traders and consumers. Less cross-border trade results in fewer imports and less competition⁷.

Thus the main purpose of the *CESL* Draft was to reduce significantly barriers and costs by means of a single uniform set of contract law rules irrespective of where parties were established. They should have the possibility to agree that their contracts should be governed by a Common European Sales Law including such uniform set of rules with the same meaning and interpretation in all Member States. It would harmonise the contract laws of the Member States not by requiring amendments to the pre-existing national contract law, but by creating within each Member State's national law a second contract law regime for contracts within its scope. This second regime should be identical throughout the Union and exist alongside the pre-existing rules of national contract law. The Common European Sales Law should apply on a voluntary basis, upon an express agreement of the parties, to a cross-border contract⁸.

As refers to its scope, the *CESL* was intended to regulate three contract types: sales contracts, contracts for the supply of digital content and contracts of services provided by the seller directly and closely related to specific goods or digital content.

Sales contracts may be available for the sale of movable goods, including the manufacture or production of such goods, as this is the economically single most important contract type which could present a particular potential for growth in cross-border trade, especially in e-commerce. Contracts for the supply of digital content cover the transfer of digital content for storage, processing or access, and repeated use, such as a music download; they have been growing rapidly and hold a great potential for further growth. Contracts of services provided by the seller that are directly and closely related to specific goods or digital content are in practice often combined in the same or a linked contract at the same time, most notably repair, maintenance or installation of the goods or the digital content.

The rules of *CESL* were not intended to regulate mixed-purpose contracts including any elements other than the sale of goods, the supply of digital content and the provision of related services.

⁷ See Recital n. 4 of the Proposal.

⁸ See Recital n. 9 of the Proposal.

JUS CIVILE



The *CESL* might be used only if the seller of goods or the supplier of digital content and related services is a trader. It therefore covers all business-to-consumer transactions. Instead, where all the parties to a contract are traders, the *CESL* may be applied if at least one of those parties is a small or medium-sized enterprise ('SME') drawing upon Commission Recommendation 2003/361 of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises.

The *CESL* might be available for cross-border contracts, because for them the disparities between national laws lead to complexity and additional costs and dissuade parties from entering into contractual relationships. The cross-border nature of a contract should be assessed on the basis of the habitual residence of the parties in business-to-business contracts. In a business-to-consumer contract the cross-border requirement should be met where either the general address indicated by the consumer, the delivery address for the goods or the billing address indicated by the consumer are located in a Member State, but outside the State where the trader has its habitual residence. The use of the Common European Sales Law should not be limited to cross-border situations involving only Member States, but should also facilitate trade between Member States and third countries.

According to article 13 of the Proposal of Regulation, a Member State might decide to make the *CESL* available for: (a) contracts where the habitual residence of the traders or, in the case of a contract between a trader and a consumer, the habitual residence of the trader, the address indicated by the consumer, the delivery address for goods and the billing address, are located in that Member State; and/or (b) contracts where all the parties are traders but none of them is an SME.

Finally the content of *CESL* is divided into eight Parts, two of which (Part IV and Part V) are related to the involved contract-types concerning '*Obligations and remedies of the parties to a sales contract*' or for the supply of digital content and '*Obligations and remedies of the parties to a related services contract*', while the other six Parts contain a general regulation of contract law.

Part I ('*Introductory provisions*') sets out the general principles of freedom of contract and good faith and fair dealing and defines some key notions like reasonableness, form of contract, not-individually negotiated contract terms and computation of time. *Part II* ('*Making a binding contract*') contains provisions about pre-contractual information, requirements for the conclusion of a contract, avoidance of contracts resulting from mistake, fraud, threat or unfair exploitation and consumers' right to withdraw from distance and off-premises contracts. *Part III* ('*Assessing what is in the contract*') includes rules on the interpretation of contracts, their content and effects as well as unfair contract terms. *Part VI* ('*Damages and interest*') regulates damages for loss and interest for late payment, while *Part VII* ('*Restitution*') concerns what must be returned when a contract is avoided or terminated and *Part VIII* ('*Prescription*') is about the effects of the lapse of time on the exercise of rights under a contract.

JUS CIVILE



But even Parts IV and V, with reference to sellers' and buyers' obligations, offer basic provisions on performance of contracts such as performance by a third party and methods of performance.

If we compare the *CESL* with *DCFR*, we can realize, as stressed in Recital n. 27 of the Proposal for a Regulation, that relevant matters of a contractual nature still remain outside. We may mention, for instance, the invalidity of a contract for lack of capacity, illegality or immorality, the determination of the language of the contract, matters of non-discrimination, representation, plurality of debtors and creditors, change of parties including assignment, set-off and merger.

3. – Also the *CESL* Draft was greatly disapproved by large groups of Academics and Professionals, who pointed out the contrast between the choice of inserting the Common European Sales Law in a Regulation immediately binding in each Member State and the voluntary basis of its application for the parties to a contract, the lack of comments about the content of the articles, the omission of important sectors of the contract law, an excessive speed in the drafting work and hard difficulties for consumers to understand the meaning of many rules about their rights⁹.

During the year 2013 the content of the *CESL* was deeply discussed by the EU Authorities: on one side, the Justice Commission and the Committee for Legal Affairs would have wished to submit it to the European Parliament without changes, on the other side, the Commission for the Internal Market and Consumers' Protection would have preferred to limit it only to sales contracts between traders and consumers, suppressing all the Parts concerning the general law of the contract¹⁰.

The former position seemed to prevail and on February 26th, 2014 the European Parliament at first reading adopted a Resolution (P7_TA (2014) 0159) where the Proposal for a Regulation was accepted in all its Parts, but with many amendments, the most important of which was the limitation of its scope to «*cross-border transactions for the sale of goods, for the supply of digital content and for related services which are conducted at a distance, in particular on-line, where the parties to a contract agree to do so*» (Amendment 1 to Recital 8). Nevertheless in the same Resolution the Commission was called to refer the matter to Parliament again, if it intended to amend its proposal substantially or replace it with another text and instructed its President to forward its position to the Council, the Commission and the National Parliaments.

In December 2014 the Commission in its Work Program 2015 (COM (2014) 910 final) de-

⁹ See, for example, R. ZIMMERMANN et al., *Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Defizite der neuesten Textstufe des Europäischen Vertragsrechts*, in *JZ*, 67, 2012, 269 ff.

¹⁰ On these steps cf. C. CASTRONOVO, *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, E. NAVARRETTA (ed.), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, Torino, 2015, 113 ff.



cided to modify the proposal «*in order to fully unleash the potential of e-commerce in the Digital Single Market*» and since then it is working in that direction¹¹.

Consequently, on May 6th, 2015 the Commission published a communication on the Digital Single Market Strategy (COM(2015)192 final), thereby fulfilling priority No 2 in Jean-Claude Juncker's 'Political Guidelines for the Next Commission' of 15 July 2014, where there were promised «*ambitious legislative steps towards a connected digital single market [...] by modernizing and simplifying consumer rules for online and digital purposes*»¹². In the Digital Single Market Strategy even contract law is aimed to play an important role to promote a «*better access for consumers and businesses to online goods and services across Europe*». This is why the Commission published in July 2015 an 'Inception Impact Assessment' concerning a Proposal on contract rules for on-line purchase of digital content and tangible goods, outlining the Commission's position on the matter¹³.

It does not appear yet whether the EU Online Sales Law will be included in a Regulation or a Directive, and both options are taken into consideration. Instead its scope and content are clearly announced, covering harmonized EU rules for online purchases of digital content and allowing traders to rely on their national laws based on a focused set of key mandatory EU contractual rights for domestic and cross-border on-line sales of tangible goods.

4. – Irrespective of the application of *CESL* to a future Digital Single Market after the European Parliament Resolution of February 26th 2014, it might be useful to compare some trends of the contract law contained in it with the European legal tradition, in order to check whether it is possible to find some roots – or at least some connections – more or less consciously taken into account.

Otherwise than for the *DCFR*, for the *CESL* we unluckily lack comments and notes both on the whole set of rules and on each rule that might help us to understand the choices made and their explications in comparison with national legal systems and European legal tradition. Anyway, if we consider that the *DCFR* was the tools – box from which many rules of *CESL* were drawn and some members of both the drafting Groups are the same, I think it extremely useful to start from some explicit statements made in 2009 by the editors in their *Introduction* of the *DCFR*.

They admit that their work might promote the knowledge of European private law at the level of an overall legal order as well as develop legal education thereon. In particular it could

¹¹ Cf. R. MAŃKO, *Contract Law and the Single Digital Market. Towards a new EU online consumers sales law?*, ERPS Briefing, PE 568.322 (September 2015), 3 s., 18 ss. (also available in <http://epthinktank.eu/2015/10/08/european-contract-law-and-the-digital-single-market-policy-hub/>).

¹² J.-C. JUNCKER, 'A New Start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth Fairness and Democratic Change: Political Guidelines for the Next European Commission', 15 July 2014, available in <http://ec.europa.eu/archives/juncker-commission/>.

¹³ Cf. http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2015_just_008_contract_rules_for_digital_purchases-en.pdf.

JUS CIVILE



«help to show how much national private laws resemble one another and have provided mutual stimulus for development ‘directed to unification’ and indeed how much those laws may be regarded as regional manifestations of an overall common European legacy»¹⁴.

This function is also revealed by comments and notes to all *Model – rules*, that show just a small number of cases in which European legal systems had produced quite different answers to common problems.

So the editors themselves were conscious of the existence of a ‘common European legacy’, emphasized by the various national private laws, classified as simple regional variations of it, thus making easier the task of writing uniform rules and principles in the matters of contracts, obligations and property on goods. Even if it is not said which this common legacy was, there is no doubt that it must be identified with the complex of rules and principles inherited from Roman law, Middle Age legal tradition and Canonic law, which have represented for centuries the *ius commune Europaeum*.

This is of course the same historical legal background of the *CESL*. If we now consider it by this point of view, we may outline, as refers to Part I, the drafters’ decision to put two general and binding principles of contract law at the beginning of the *Introductory provisions*. Their choice seems to follow the *DCFR*, where the four *Underlying principles* (freedom, security, justice and efficiency) are located in a self-standing ‘section’ before the *Model – rules*, and the praxis of the EU lawmaker, who is accustomed to insert basic concepts and definitions of terms before the set of rules.

But it is also true that it can not be ignored the connection with the systematic choice of Justinian’s *Corpus Iuris Civilis* and its strong influence on the following legal tradition. Without going into details, we can observe that: *i*) the first title of the *Institutiones* (I. 1, 1) and of the *Digest* (D. 1, 1), both named ‘about justice and law’ (*de iustitia et iure*), give some basic and fundamental principles for all the *Compilation*; *ii*) the concept of ‘principle’ (*principium*) focused in D. 1, 2, 1 (Gai. 1 *ad legem duodecim tabularum*) means the ‘initial element’, necessary to understand the historical development of all the rules, and at the same time the ‘ground’ of them; *iii*) at the end of the *Digest* we can find as *Appendices* titles 50, 16 (‘about the meaning of terms’, *de verborum significatione*), and title 50, 17 (‘about the different rules of the ancient law’, *de diversis regulis iuris antiqui*), including definitions of current terms and concepts and a list of general rules both applied to the entire *Corpus iuris*¹⁵. Consequently many European Civil Codes, such as French, Austrian, Spanish, Swiss, Italian have preliminary titles containing not only general provisions on the implementation of legal rules, but even ground principles thereon.

¹⁴ So VON BAR-CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition Introduction*, cit., 4.

¹⁵ See thereon: G. LUCHETTI-A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, Bologna, 2010, 21 ff.

JUS CIVILE



With reference to the general principles of Freedom of contract and Good faith and fair dealing, we may observe as follows.

Article 1 of *CESL* defines freedom of contract in this way: «Parties are free to conclude a contract and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules. 2. Parties may exclude the application of any of the provisions of the Common European Sales Law, or derogate from or vary their effects, unless otherwise stated in those provisions». This is a common principle of contractual law, well known in all legal systems of contemporary Europe. It would be too long and perhaps not so interesting in our actual perspective summarizing its historical evolution from Roman Law to Middle Age Civil, Canon and Merchant law, its complete achievement in the Natural law School of the 17th century and its total reception in European legal systems of the 19th century, although subject to any mandatory rules (respect o laws, public order and morality)¹⁶. The *CESL* just confirms it.

More useful could be a short historical analyze of Good faith and fair dealing, expressly mentioned in article 2: «1. Each party has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing. 2. Breach of this duty may preclude the party in breach from exercising or relying on a right, remedy or defense which that party would otherwise have, or may make the party liable for any loss there by caused to the other party. 3. The parties may not exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects» and implied in article 3 on Co-operation: «The parties are obliged to co-operate with each other to the extent that this can be expected for the performance of their contractual obligations».

Legal systems of Europe do not concretely apply the principle of good faith and fair dealing in the same way: in Swiss, German, Austrian, Polish, Dutch and even Italian ones we can see a wider and multidirectional use of such a principle, while in French or Spanish legal systems its role seems more limited¹⁷. The knowledge of how it was employed in Roman law and in European legal tradition before the national Civil Codes of 19th century could maybe help in understanding its potential implementation and the reasons why it is always included in drafts of harmonization and unification of European contract law.

If we look at some texts of Roman jurisprudence, we may find three main concrete functions of good faith and fair dealing (*bona fides*) in contract law¹⁸: the first one is considering it as a standard of the contracting parties' conduct in the execution of contracts and preservation of the

¹⁶ For a quick analyze see A. CASSARINO, *Autonomia delle parti*, in G. LUCHETTI-A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo*, cit., 93 ff.

¹⁷ See my study A. PETRUCCI, *Buona fede e correttezza*, in G. LUCHETTI-A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo*, cit., 49 ff.

¹⁸ See E. STOLFI, 'Bonae fidei interpretatio'. *Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Naples, 2004, 173 ff.; R. CARDILLI, "Bona fides" tra storia e sistema², Turin, 2010, 29 ff.



mutual relation (*synallagma*) between their obligations¹⁹; the second function is reconstructing and implementing as best as possible the contracting parties' agreement (*id quod actum est*)²⁰; the third function is the integration of the contractual content determined by the parties²¹. This comparison with Roman law, accepted by the following tradition, is very important in my opinion, to avoid a simple and sometimes wrong identification between the wider concept of good faith and fair dealing which *CESL* seems to refer to and a more specific concept of it commonly used in international trade.

More exactly good faith and fair dealing in international trade is not to be applied according to the standards ordinarily adopted within the different national legal systems, but in the light of the special conditions of international trade. Standards of business practice may indeed vary considerably from one trade sector to another, and even within a given trade sector they may be more or less stringent depending on the socio-economic environment in which the enterprises operate, their size and technical skill, and so on²².

In the frame of a wider concept of good faith and fair dealing we can also insert the provision of article 3 of *CESL* on co-operation, which is a consequence of the need of implementing the contracting parties' agreement. This provision looks very important to promote the harmonization between European national legal systems which already have it (included or not in their Civil Codes) and those which have not yet.

5. – In Part II of *CESL*, named *Making a binding contract*, we may point out the great number of rules in Chapter 2 on the traders' liability for breach of pre-contractual information duties. We count 17 articles thereon, concerning pre-contractual information to be given by a trader dealing with a consumer or dealing with another trader, contracts concluded by electronic means, duties to ensure that information supplied is correct and remedies for breach of information duty. This legal regime about pre-contractual information duties is quite surprising, if we think of the historical evolution of pre-contractual liability category.

In Roman law it did not exist as such: we can only find some examples of fraudulent misrepresentation during contractual negotiations (*dolus in contrahendo*)²³; later we must expect Grotius' thought in the 17th century and Jhering's legal theory on *culpa in contrahendo* in the 19th to have a conceptual construction of the pre-contractual liability as a category. As we all know,

¹⁹ For example, D. 19.1.50 (Labeon, 4 *posterorum a Iavoleno epitomatorum*); Gaius Institutes 4.61-63; 4.119; D. 16.3.31 (Tryphoninus, 9 *disputationum*).

²⁰ D. 19.2.21 (Iavolenus, 11 *epistularum*); D. 19.1.11.1 (Ulpian, 32 *ad edictum*).

²¹ Gaius Institutes 3.137; D. 19.1.48 (Scaevola 2 *responsorum*).

²² Art. 1.7 UNIDROIT Principles 2010 and comment thereon at 20-21.

²³ For instance see D. 18.1.62.1 (Modestinus, 5 *regularum*); D. 19.1.13.5 (Ulpian, 32 *ad edictum*); Justinian's Institutes 3.23.5.



Grotius preferred to insert it in the extra-contractual liability and its position strongly influenced French legal thought, while Jhering, which considered it as a branch of contractual liability, oriented the German world legal science. The first express regulation of such matter can be found in two articles of Italian Civil Code of 1942 (articles 1337 and 1338), followed by one article of Portuguese Civil Code (article 227) and only later it is also contained in the new text of § 311 BGB, paragraphs 2 and 3, modified by the Modernisation of Obligation law in 2001²⁴.

The actual growing importance of pre-contractual liability can be appreciated comparing the two articles (2: 301 and 2: 302) of *PECL-Project* published in 2001 by the Commission Lando to the entire third chapter of the second book of *DCFR* (15 articles in total) composed of five sections, three of which specifically dedicated to pre-contractual information duties concerning contracts between consumers and traders. Only two articles of section 2 were reserved to the traditional scope of pre-contractual liability: article II. – 3:301 on ‘*negotiations contrary to good faith and fair dealing*’ and article II. – 3:302 on ‘*breach of confidentiality*’, in order to create a clear separation between individual and standardized contracting areas²⁵.

In accordance with its above mentioned purposes (§ 2), the *CESL* makes no reference to duties of good faith and fair dealing and confidentiality in pre-contractual negotiations, because only standardized contracts between traders and consumers and traders and small or medium-size enterprises are taken into account in the perspective of unification of a European Common Sales Law.

The second part of *CESL* also offers us the opportunity to make some useful remarks on rules concerning the requirements for the conclusion of a contract and defects in consent in their long way from Roman law up to now. First it is to be analyzed article 30 on requirements, that says in its paragraph 1: «*A contract is concluded if: (a) the parties reach an agreement; (b) they intend the agreement to have legal effect; and (c) the agreement, supplemented if necessary by rules of the Common European Sales Law, has sufficient content and certainty to be given legal effect*».

The content of this article is substantially the same of the corresponding articles in *DCFR*, *PECL-Project* and *UNIDROIT Principles* and aims to oversimplify the requirements for the conclusion of a contract, resuming them as follows: 1) an agreement, 2) its legal effect, 3) its sufficient content and certainty to be given legal effect. Instead there is no mention either of the contracting parties’ capacity (because it is out of the *CESL* scope) or other requirements, that domestic legal systems eventually need, such as cause, consideration, form, delivery of something²⁶. So we

²⁴ Cf. A. PETRUCCI, *Responsabilità precontrattuale: trattative e doveri di riservatezza*, in G. LUCHETTI-A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo*, cit., 111 ff.

²⁵ On this topic see the observations of G. ALPA, *Presentazione in Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009, p. VII ff., and E. LUCCHINI GUASTALLA, *Marketing and Pre-contractual Duties nel «Draft Common Frame of Reference»*, in the same book, 135 ff.

²⁶ For this choice in *DCFR* cf. VON BAR-CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, cit., 264 ff.

JUS CIVILE



can find an evident confirmation of the trend expressed in the main Projects on unification and harmonization of European contract law.

Roman law lacked a general theory of all the requirements necessary for the conclusion of a contract, as they varied in each contractual type. The first significant attempt to list them is probably due to Middle Age jurists like Baldus and a further systematic development can be found in French Natural law school²⁷.

The choice made by *CESL* drafters shows us a preference for those European legal systems (as French, Spanish or Italian) where there is an article in the Civil Code including a precise list of the contractual essential requirements²⁸, instead of those legal systems (as Swiss, German or Dutch) in which they must be deduced from the general regime of *Rechtsgeschäft* or juridical act or contract.

Defects of consent are regulated in Chapter 5 and consist in mistake, fraud, threats and unfair exploitation. In identifying the first three defects the *CESL* follows a long and experienced legal tradition based on Roman law and developed by Middle Age and modern legal science. The concepts of mistake, fraud and threats basically include common and well known elements, but we can also observe something new.

On mistake article 48 says that a party may avoid a contract not only for mistake of fact, but even of law, differently from what there is provided by the most European legal systems (for example article 1429 of Italian Civil Code), which generally admit just the former. Then a party may sue for the avoidance of a contract only if the mistake: *a*) existed when the contract was concluded; and *b*) the party, but for the mistake, would not have concluded it or would have done so on fundamentally different contract terms; and *c*) the other party caused the mistake; or caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with any pre-contractual information duty; or knew or could be expected to have known of the mistake and caused the contract to be concluded in mistake by not pointing out the relevant information, provided that good faith and fair dealing would have required a party aware of the mistake to point it out; or made the same mistake.

Thus, to cause a contract to be avoided, a mistake must: i) pre-exist the conclusion of the contract; ii) fundamentally influence one's party consent to conclude it; and iii) depend on the other party or be common to both. Such a regulation of relevant mistake represents an appreciable effort to re-organize and complete that contained in European Civil Codes, which tried to resume the principles coming from the casuistic solutions given by Roman and Middle Age jurists (*error in negotio, error in persona, error in corpore, error in substantia, error in qualitate* etc.)²⁹ in a

²⁷ See what I remark in A. PETRUCCI, *Requisiti generali per la Formazione del contratto* in G. LUCHETTI-A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo*, cit., 130 ff.

²⁸ Article 1108 French Civil Code; article 1261 Spanish Civil Code; article 1325 Italian Civil Code.

²⁹ Cf. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Oxford, 1996, pp. 583 ff.; A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, 2015, 305 ff.



shorter or longer way: for instance, we have one article in French Civil Code (art. 1110), two paragraphs in German BGB (§§ 119-120), two articles in Polish Civil Code (art. 84-85), five articles in Swiss Code of Obligations (art. 23-27) and six articles in Italian Civil Code (art. 1428-1433). Moreover *CESL* regulation might be a milestone to resolve the chaotic legal situation on contractual relevant mistakes we can find in European common law legal systems.

About fraud, according to article 49, a party may sue for the avoidance of a contract, if the other party has induced the conclusion of it by fraudulent misrepresentation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual information duty, required that party to disclose. It follows a description of what a fraudulent misrepresentation or non-disclosure are and their outcome has to induce the other party to make a mistake³⁰, in accordance with the traditional view of fraud in the conclusion of a contract; then there is a list of all the circumstances that must be regarded in determining what good faith and fair dealing require³¹.

The content of article 49 of *CESL* basically reproduces the text of article II.-7:205 of *DCFR*; on one side, it completes the shorter provisions normally included in many European Civil Codes (as in article 1116 French Civil Code, § 123 German Civil Code, article 28 Swiss Code of Obligations, articles 1439-1440 Italian Civil Code); on the other side, it simplifies the regulation of fraud not considering the distinction between *dolus causam dans* and *dolus incidens*. In making this, the *CESL* seems to prefer the uniform idea of fraud that we can find in the sources of Roman Law.

In article 50 of *CESL* threats are defined as the behavior of a party that has induced the other party to conclude the contract by the threat of wrongful, imminent and serious harm, or of a wrongful act. These elements can be related to the concept of *metus* in Roman law and Roman law tradition and are also included in some European Civil Codes (as articles 1112-1115 French Civil Code, articles 29-30 Swiss Code of Obligations, articles 1434-1438 Italian Civil Code), while others prefer not to give a definition, like § 123 BGB which merely requires a transaction unlawfully concluded by duress. *CESL* drafters followed the model-rule contained in article II.-7:206 of *DCFR*, opting for a halfway solution.

As refers to unfair exploitation, its roots can surely date back to Roman law and the doctrine of *laesio enormis* of the Middle Age legal science, from which it passed to modern legal systems (as French, German, Swiss, Italian). Both article II.-7:207 of *DCFR* and article 51 of *CESL*

³⁰«Misrepresentation is fraudulent if it is made with knowledge or belief that the representation is false, or recklessly as to whether it is true or false, and is intended to induce the recipient to make a mistake. Non-disclosure is fraudulent if it is intended to induce the person from whom the information is withheld to make a mistake».

³¹In determining whether good faith and fair dealing require a party to disclose particular information, regard is to be had to all the circumstances, including: (a) whether the party had special expertise; (b) the cost to the party of acquiring the relevant information; (c) the ease with which the other party could have acquired the information by other means; (d) the nature of the information; (e) the likely importance of the information to the other party; and (f) in contracts between traders good commercial practice in the situation concerned.

JUS CIVILE



provide unfair exploitation in similar words and its concept is not very different from the traditional one because it requires that, at the time of the conclusion of a contract, (a) one party was dependent on, or had a relationship of trust with, the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, or inexperienced; and (b) the other party knew or could be expected to have known this and, in the light of the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or unfair advantage. What we can point out is a trend of revivification of this institution after its practical decline in 19th century and in the first half of 20th century.

Even in many articles of Part III, called 'Assessing what is in the contract', there are evidences to Roman law and Roman law tradition, as we can ascertain from rules of Chapter 6 on the interpretation of contracts and of Chapter 7 on its contents and effects. Two examples may be enough.

The first one concerns articles 61b and 62, paragraph 1a, about interpretation in favour of consumers and interpretation against supplier of a contract term. Their texts are the outcome of a long historical evolution starting from *interpretatio contra stipulantem* then extended in Roman law to every contract term of doubtful meaning introduced by one contracting party (*interpretatio contra proferentem*)³². Through Middle Age and modern legal science of the 17th and 18th centuries this interpretation rule penetrated into some Civil Codes of the 19th century, like French (article 1162) or Spanish (article 1288), while other European legal systems accepted it in the frame of a contractual interpretation according good faith and fair dealing (for instance, § 157 of German Civil Code)³³.

It is probably a merit of Italian Civil Code of 1942 to have introduced a more specific rule (article 1370) providing an interpretation against the supplier of contract terms which have not been individually negotiated, if there is a doubt in their meaning. This rule under the name of *contra proferentem*-rule was inserted also in the *DCFR* and is now further developed and completed in the *CESL*, where a clear difference is made between contracts concluded by consumers and all the other contracts where a contract term is supplied by one party. For the first kind of contracts article 61b says: «1. Where there exists any doubt about the meaning of a contract term in a contract between a trader and a consumer, the interpretation most favorable to the consumer shall prevail unless the term in question was supplied by the consumer. 2. The parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects»; for the second kind of contracts article 62, paragraph 1a provides: «Where, despite Article 61b, there exists doubt about the meaning of a contract term which has not been individually negotiated within the meaning of Article 7, an interpretation of the term against the party who supplied it shall prevail».

³² Cf. D. 2.14.39 (Papinian, 5 *quaestionum*); D. 18.1.21 (Paul 5 *ad Sabinum*); D. 45.1.38.18 (Ulpian, 49 *ad Sabinum*).

³³ See thereon ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., pp. 639 ff.; A. PETRUCCI, *Interpretazione del contratto: altre regole ermeneutiche*, in G. LUCHETTI-A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo*, cit., 348 ff.



My second and last example refers to the determination of price, regulated by articles 73, 74 and 75 of the *CESL*. In article 73 the price payable under a contract, when its amount cannot be otherwise determined, is «*in the absence of any indication to the contrary, the price normally charged in comparable circumstances at the time of the conclusion of the contract or, if no such price is available, a reasonable price*». This text is almost copied from article 55 of U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, article 5.1.7 of UNIDROIT Principles and article II.-9:104 of *DCFR*.

According article 74 the unilateral determination of the price by a party is admitted, but where «*that party's determination is grossly unreasonable*», there will be applied «*the price normally charged or term normally used in comparable circumstances at the time of the conclusion of the contract or, if no such price or term is available, a reasonable price or a reasonable term is substituted*»³⁴; and article 75 refers to the determination of the price or any other contract term by a third party, taking into account two different cases: *a)* if the third party cannot or will not do so, a court may appoint another person to determine it, unless this is inconsistent with the contract terms; *b)* if the price or other contract term determined by a third party is grossly unreasonable, there is substituted the price normally charged or term normally used in comparable circumstances at the time of the conclusion of the contract or, if no such price is available, a reasonable price, or a reasonable term³⁵.

Even for this regulation we may find some roots in Justinian's *Corpus iuris civilis*, where the price is determined in the frame of a sale contract with reference to a decision of a third party or to external circumstances³⁶. These Roman law sources deeply influenced Middle Age and modern legal science, but with different outcomes. For instance, French Civil Code (article 1592) just admitted the determination by a third party and there needed a long way to accept the possibility that parties could refer to external objective circumstances to determine the price in sales contracts. Instead German legal science of 19th century built a very complete theory on Roman texts about the determination of the object of an obligation by external circumstances or by a party or a third party. This theory was included in German Civil Code, whose detailed regime (§§ 315-319) was simplified

³⁴ «1. Where the price or any other contract term is to be determined by one party and that party's determination is grossly unreasonable then the price normally charged or term normally used in comparable circumstances at the time of the conclusion of the contract or, if no such price or term is available, a reasonable price or a reasonable term is substituted».

³⁵ «1. Where a third party is to determine the price or any other contract term and cannot or will not do so, a court may, unless this is inconsistent with the contract terms, appoint another person to determine it. 2. Where a price or other contract term determined by a third party is grossly unreasonable, the price normally charged or term normally used in comparable circumstances at the time of the conclusion of the contract or, if no such price is available, a reasonable price, or a reasonable term is substituted»

³⁶ Cf. D. 18.1.35.1 (Gaius, 10 *ad edictum provinciale*); D. 18.1.7.1-2 (Ulpian, 28 *ad edictum*) and Justinian's Institutes 3.23.1.

JUS CIVILE



and used as the base for the further regulation of *DCFR* and *CESL*³⁷.

Let me now permit a short final remark on the systematic order of the rules on sales contracts and contracts for the supply of digital content contained in part IV of *CESL*, where there are exposed the seller's obligation (Chapter 10) immediately followed by the buyer's remedies (Chapter 11), the buyer's obligations (Chapter 12) immediately followed by the seller's remedies (Chapter 13) and completed the whole regulation with Chapter 14 on the passing of risk.

In my opinion, it is really interesting and at the same time surprising that there was accepted a method of exposition in which the obligations of one party are correlated to remedies granted to the other party in case of non-performance and both are balanced by the distribution of the risk of loss of, or damages to, the goods or the digital content object of the contract. As it is well known, the correlation between the debtor's obligations and the remedies for the creditor and the role played by the risk and its conveyance from a contracting party to the other are typical of Roman jurisprudence's way of thinking and mark Roman classical law.

At the end of my reflections on some matters of the *CESL* in the light of European common legal tradition I am strongly convinced of the importance of its origin and roots not only for a better understanding of some "traditional" choices made by European lawmaker and European Academic world in their efforts to harmonize and unify the contractual law of our continent, but also for a deeper knowledge of the *ratio* of its new branches such as pre-contractual information duties and unfair contract terms, which have definitively entered our actual legal theory and practise.

³⁷ See A. PETRUCCI, *Determinazione del prezzo*, in G. LUCHETTI-A. PETRUCCI, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., 122 ff.



MIRKO FACCIOLI

Ricercatore confermato di diritto privato – Università di Verona

IL PROBLEMA DELLA RISARCIBILITÀ DEL DANNO TANATOLOGICO FRA DISCREZIONALITÀ DELL'INTERPRETE E TEORIA DELL'ARGOMENTAZIONE

SOMMARIO: 1. La vicenda del danno tanatologico. – 2. Gli argomenti favorevoli e contrari alla sua risarcibilità: morte e (lesione della) salute. – 3. (Segue) Il danno tanatologico quale danno-evento. – 4. (Segue) Morte e perdita della capacità giuridica. – 5. (Segue) È più conveniente uccidere che ferire(?) – 6. (Segue) Le funzioni della responsabilità civile. – 7. (Segue) Il richiamo alla coscienza sociale dell'attuale momento storico. – 8. (Segue) I rischi di overcompensation. – 9. Le tendenze del diritto comparato e della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 10. Conclusioni: la (non) risolutività dell'argomentazione giuridica e la discrezionalità dell'interprete alla ricerca della (unica?) "soluzione corretta".

1. – Il c.d. danno tanatologico rappresenta indubbiamente una delle questioni più controverse in materia di responsabilità civile e si ripropone ciclicamente all'attenzione tanto degli studiosi quanto dei giudici, senza che essi riescano mai a raggiungere una qualche soluzione sufficientemente stabile al riguardo.

Il problema è, da tempo, assai conosciuto e sostanzialmente attiene alla configurabilità di un diritto al risarcimento del danno costituito dalla perdita della vita, insorgente per effetto della morte in capo alla vittima di un illecito letale e trasmissibile in via successoria agli eredi della stessa, che si vedrebbero di conseguenza legittimati a farlo valere in giudizio agendo *iure hereditario*. Altrettanto noti sono lo stato dell'arte di dottrina¹ e giurisprudenza nonché gli ultimi sviluppi nella materia: alla grande varietà di opinioni della prima si contrappone, per quanto concerne la seconda e perlomeno con riguardo alla giurisprudenza di legittimità, un tradizionale e consolidato orientamento negativo², risalente ad una pronuncia del primo quarto del secolo scorso³ e avallato anche da una sentenza della Corte costituzionale della metà degli anni Novanta dello stesso periodo⁴, che dopo un'estemporanea quanto articolata inversione di rotta⁵ del

¹ Per la quale si rinvia agli Autori e alle opere citati nelle note successive.

² Come si vedrà nel prosieguo del nostro discorso, tra i giudici di merito è sempre stata presente una – sicuramente minoritaria, ma comunque significativa – corrente incline a riconoscere, in contrasto con gli orientamenti della Cassazione, la risarcibilità *iure hereditario* del danno da morte, anche se questo aspetto non viene sempre adeguatamente messo in luce nelle trattazioni dottrinali dell'argomento. Un'interessante analisi delle ragioni che spingono gli studiosi del diritto da un lato ad esaltare, ma dall'altro, nel contempo, a minimizzare i contrasti giurisprudenziali, nonché delle tecniche argomentative che vengono a tale scopo utilizzate, si può leggere in M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Gli orientamenti della dottrina in tema di neutralizzazione e di valorizzazione delle divergenze in giurisprudenza, in Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, a cura di A. Mariani Marini, Giuffrè, 2003, 48 ss.

³ Cass., sez. un., 22 dicembre 1925, n. 3475, in *Foro it.*, 1926, I, 328.

⁴ Corte Cost. 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, 3297, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte costituzio-*



2014 è stato riaffermato da un lapidario intervento delle Sezioni Unite⁶ del 2015.

Va peraltro sottolineato che, esclusa la risarcibilità del danno da perdita della vita in sé considerato, secondo l'orientamento giurisprudenziale tradizionale vi sono comunque due ipotesi in cui gli eredi di colui che è deceduto in conseguenza dell'altrui fatto illecito possono avanzare pretese risarcitorie *iure hereditario* di carattere non patrimoniale. La prima si configura quando tra l'illecito e il decesso del *de cuius* sia trascorso un lasso di tempo che possa definirsi «apprezzabile», vale a dire un periodo di tempo sufficientemente lungo⁷ da consentire il maturare di un pregiudizio, denominato «danno biologico terminale», giuridicamente rilevante per l'integrità

nale e il danno da morte. Nello stesso senso si sono successivamente pronunciate, fra le tante, Cass. 11 ottobre 2012, n. 17320, in *La resp. civ.*, 2012, 832; Cass. 24 marzo 2011, n. 6754, in *Corr. giur.*, 2011, 1091; Cass. 27 maggio 2009, n. 12326, in *Dir. prat. lav.*, 2010, 567; Cass. 13 gennaio 2009, n. 458, in *La resp. civ.*, 2010, 11.

⁵ Il riferimento è alla lunga ed elaborata pronuncia di Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Foro it.*, 2014, I, 720, con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Di bianco o di nero: la «querelle» sul danno da morte*; di R. SIMONE, *Il danno per la perdita della vita: «die hard» 2.0*; di R. CASO, *Il bene della vita e la struttura della responsabilità civile*; di C. MEDICI, *Danno da morte, responsabilità civile e ingegneria sociale*; in *Danno resp.*, 2014, 363, con note di G. PONZANELLI-R. FOFFA-R. PARDOLESI-R. SIMONE. Prima di questa pronuncia, peraltro, la stessa Suprema Corte aveva invocato una revisione dell'orientamento tradizionale con l'*obiter dictum* di Cass. 12 luglio 2006, n. 15760, in *Corr. giur.*, 2006, 1375.

⁶ Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro it.*, 2015, I, con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Danno da morte: l'arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*; di R. CASO, *Le sezioni unite negano il danno da perdita della vita: giorni di un futuro passato*; di R. SIMONE, *La livella e il (mancato) riconoscimento del danno da perdita della vita: le sezioni unite tra principio di inerzia e buchi neri nei danni non compensatori*; in *Corr. giur.*, 2015, 1203, con nota di F.D. BUSNELLI, *Tanto tuonò, che ... non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il "sistema"*; in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1530, con nota di M. BONA, *Sezioni Unite 2015: no alla «loss of life», ma la saga sul danno non patrimoniale continua*; in *Danno resp.*, 2015, 889, con nota di V. CARBONE, *Valori personali ed economici della vita umana*; di M. FRANZONI, *Danno tanatologico, meglio di no ...*; di R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartleby*; di G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sul danno tanatologico*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 1008, con nota di L. D'ACUNTO, *Le sezioni unite riaffermano l'irrisarcibilità iure hereditatis del danno da perdita della vita*; di R. FOFFA, *Il danno da morte tra Epicuro e Guglielmo d'Occam.* Tra i commentatori della pronuncia è comune il rilievo che l'intervento delle Sezioni Unite, essendosi limitato a ribadire i tradizionali argomenti che vengono da sempre portati a sostegno della tesi che nega la risarcibilità del danno tanatologico, molto probabilmente non metterà fine al dibattito e non precluderà ulteriori scostamenti da parte dei giudici di merito così come della stessa Suprema Corte.

⁷ La stessa giurisprudenza, peraltro, non ha mai fornito indicazioni di carattere generale circa la durata minima che lo *spatium vivendi* dovrebbe avere per poter essere definito «apprezzabile», sicché nelle aule giudiziarie si sono potute adottare, al riguardo, le soluzioni più disparate e contraddittorie, in evidente contrasto con elementari esigenze di coerenza nell'applicazione del diritto e di parità di trattamento tra soggetti danneggiati (per tali considerazioni e una panoramica al riguardo, v. E. SERANI, *Il risarcimento del danno da morte dopo le Sezioni Unite del 2008: prassi e aporie delle Corti di merito*, in *Danno resp.*, 2013, 1201; B. GUIDI, *Storia e vicissitudini del danno da morte*, in *Danno resp.*, 2013, 1208; R. PUCELLA, *Coscienza sociale e tutela risarcitoria del valore-persona: sul ristoro del danno da morte*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 270; M.V. DE GIORGI, *Danno, IX) Risarcimento del danno da uccisione. Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur.*, XI, Treccani, 2008, 1; M. DELLACASA, *Rinnovamento e restaurazione nel risarcimento del danno da morte*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1283). Le difficoltà di quantificazione del lasso di tempo «apprezzabile» che, per l'orientamento tradizionale, deve intercorrere tra l'evento lesivo e la morte affinché maturi il credito risarcitorio nel patrimonio della vittima sono state, peraltro, ridimensionate da Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, cit., affermando che, dal punto di vista giuridico, è sempre necessaria l'individuazione di «un momento convenzionale di conclusione del processo mortale [...] al quale legare la nascita del credito», individuazione che, per quanto si presenti delicata e incerta, per la Suprema Corte sarebbe, comunque, «del tutto conforme a quella che il giudice è costantemente impegnato ad operare quando è costretto a fare applicazione di concetti generali e astratti».



psico-fisica della vittima⁸, e ciò a prescindere dal fatto che quest'ultima si trovasse eventualmente in stato di incoscienza prima del decesso⁹. Secondo i nostri giudici, a dar luogo ad una pretesa risarcitoria *iure hereditario* in capo agli eredi della vittima dell'illecito fatale può, inoltre, essere una sopravvivenza di breve o anche di brevissima durata, qualora – e *soltanto* qualora – il defunto sia rimasto lucido e cosciente durante l'agonia e abbia, quindi, sofferto un danno morale, variamente denominato come «danno catastrofico», «danno catastrofe» o «danno morale terminale», costituito dalla sofferenza psichica provocata dall'angosciosa consapevolezza dell'imminente decesso¹⁰.

Tutto ciò precisato, è ora possibile addentrarsi nell'analisi della questione e passare in rassegna, raggruppate per snodi tematici, le diverse argomentazioni che sono state nel tempo invocate, rispettivamente, a favore e contro la tesi della risarcibilità del danno da morte; ciò che emergerà in questo contesto consentirà poi di sviluppare alcune riflessioni di carattere più generale in tema di discrezionalità dell'interprete e di teoria dell'argomentazione giuridica.

2. – La ricostruzione del dibattito sviluppatosi attorno alla questione della risarcibilità del danno tanatologico può cominciare ricordando che, alla medesima, una parte minoritaria (anche se non inconsistente) della giurisprudenza di merito, comparsa verso la fine degli anni Ottanta del secolo scorso ma tuttora presente nel panorama giurisprudenziale domestico, ritiene potersi fornire risposta positiva muovendo dall'idea che la morte rappresenterebbe la massima lesione possibile del bene salute: secondo questa prospettiva, quindi, la vittima dell'illecito letale verrebbe a soffrire, in conseguenza della perdita della vita, un «danno biologico da morte», quantificato facendo riferimento ai criteri di liquidazione invalsi in tema di danno biologico¹¹, al quale

⁸All'opposta soluzione si deve invece addivenire, sempre secondo i nostri giudici, nel caso in cui la morte consegua a brevissima distanza di tempo dall'evento lesivo, perché in queste ipotesi l'offesa non sarebbe in grado di evolvere in un danno all'integrità psico-fisica della persona giuridicamente apprezzabile: «infatti, se il risarcimento del danno biologico deve reintegrare le utilità di vita dell'individuo» – è stato in questo senso affermato – «non si vede quali utilità il soggetto leso può ricavare da un breve spazio di vita» (sono parole di Cass. 29 maggio 1996, n. 4991, in *Danno resp.*, 1997, 41).

⁹In quanto la giurisprudenza ritiene che la lesione dell'integrità psico-fisica si concretizzi indipendentemente dalla consapevolezza che ne possa o meno avere il soggetto danneggiato: lo ha precisato, fra le tante, Cass. 1 dicembre 2003, n. 18305, in *Danno resp.*, 2004, 143.

¹⁰In questo senso v., tra le altre, Cass. 13 gennaio 2009, n. 458, cit.; Cass. 7 giugno 2010, n. 13672, in *Danno resp.*, 2011, 256; Cass. 20 settembre 2011, n. 19133, in *Danno resp.*, 2011, 1233; Cass. 13 giugno 2014, n. 13537, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 284.

¹¹Sebbene non costituisca l'oggetto principale della nostra indagine, pare opportuno dedicare almeno qualche riflessione all'aspetto della quantificazione del danno tanatologico, problema che inevitabilmente si apre nel momento in cui si ritenga di ammettere la risarcibilità di questo tipo di pregiudizio. Il rilievo che si tratta di un'operazione quanto mai difficoltosa non pensiamo necessiti di particolari spiegazioni, se è vero che – come riteniamo nessuno si sentirebbe di negare – la vita umana, per definizione, non ha un valore o un prezzo di mercato: sicché non deve affatto sorprendere che, anche con riguardo a questo profilo, sono state proposte diverse soluzioni, delle quali ci limiteremo a ricordare solo i tratti essenziali.

Come si diceva nel testo, l'orientamento che concepisce e risarcisce il danno da morte come massima lesione del be-



corrisponderebbe un credito risarcitorio senz'altro suscettibile di trasmettersi agli eredi del defunto in via successoria¹².

ne salute fa riferimento ai criteri tabellari normalmente utilizzati per la liquidazione del danno biologico, che sono stati tuttavia impiegati in due modi differenti: secondo alcuni, il danno da morte andrebbe liquidato alla stregua di un'invalidità permanente del 100%, quest'ultima essendo la più ampia misura possibile del danno biologico (v., per esempio, Trib. Venezia 15 marzo 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 2556; Trib. Venezia 15 giugno 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 467); ad avviso di altri, sarebbe invece più corretto riconoscere una somma inferiore, perché la somma corrispondente all'invalidità permanente del 100% è diretta a riparare un pregiudizio – per l'appunto – permanente del soggetto leso che, evidentemente, non si riscontra nell'ipotesi di morte della vittima (v., tra le altre, Trib. Tropea 28 maggio 2001, in *Danno resp.*, 2001, 1097, e Trib. Santa Maria Capua Vetere 14 gennaio 2003, in *Giur. it.*, 2004, 496, le quali hanno ritenuto corretto liquidare una somma pari a circa la metà di quella corrispondente ad un'invalidità permanente del 100%). In maniera del tutto analoga a quest'ultima impostazione si è poi mossa una dottrina (sulla quale si tornerà *infra*, nel testo) che, ricostruendo il danno tanatologico come danno futuro, ha proposto di liquidarlo prendendo a riferimento la somma che sarebbe stata liquidata al soggetto deceduto a fronte di un'invalidità pari al 100% e successivamente considerando le aspettative di sopravvivenza della vittima, i valori decrescenti delle tabelle al crescere dell'età e le peculiarità del caso concreto (P. ZIVIZ, *Illusioni perdute*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1456).

Secondo un altro indirizzo, la liquidazione del danno tanatologico andrebbe compiuta procedendo in via di generalizzazione di parametri previsti, per casi specifici, da singole norme di legge. In quest'ottica, una pronuncia di merito (Trib. Roma 27 novembre 2008, in *Danno resp.*, 2009, 533) ha, in particolare, ritenuto possibile fare riferimento ai criteri previsti dalla l. 21 dicembre 1999, n. 497, recante «Disposizioni per la corresponsione di indennizzi relativi all'incidente della funivia del Cermis del 3 febbraio 1998 a Cavalese», le quali furono emanate in seguito ad un incidente aereo, avvenuto nel febbraio del 1998 nei pressi della città di Cavalese, quando volando a bassa quota un aereo statunitense tranciò il cavo delle funivia del Cermis, provocando la morte di numerose persone.

Una soluzione ancora diversa, peraltro caratterizzata da estrema genericità e scarsa utilità pratica (A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Di bianco o di nero: la «querelle» sul danno da morte*, cit., 764), è infine quella proposta dalla sentenza di Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, cit., la quale, dopo avere enfatizzato la necessità che il risarcimento per il danno da perdita della vita sia «equo» ai sensi dell'art. 1226 c.c., ha concluso nel senso dell'ammissibilità di «qualsiasi modalità che consenta di addivenire ad una valutazione equa [...] senza dare in ogni caso ingresso a duplicazioni risarcitorie» e ha, sostanzialmente, rimesso «alla prudente discrezionalità del giudice di merito l'individuazione dei criteri di relativa valutazione», al contempo ammonendo quest'ultimo dell'inadeguatezza tanto di «una soluzione di carattere meramente soggettivo» quanto della «determinazione di un ammontare uguale per tutti, a prescindere cioè dalla relativa personalizzazione, in considerazione in particolare dell'età, delle condizioni di salute e delle speranze di vita futura, dell'attività svolta, delle condizioni personali e familiari della vittima». È interessante osservare che, prima di giungere alle affermazioni appena sopra riportate, la sentenza in discorso menziona, pur non ritenendo di volerlo adottare, il c.d. criterio del rischio equivalente, elaborato dalla dottrina nordamericana dell'analisi economica del diritto e talvolta evocato anche dalla dottrina italiana quale utile modello da seguire per la liquidazione del danno tanatologico (v., per esempio, C. MEDICI, *Morte immediata della vittima e aporie della responsabilità civile: verso la caduta di un dogma*, in *Danno resp.*, 2010, 1011 ss.; R. COOTER-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. PARDOLESI-T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, II. Applicazioni*, 2ª ed., Il Mulino, 2006, 192 ss.). Si tratta di un parametro di natura statistico-matematica che conosce due varianti, una soggettiva e una oggettiva. La prima, muovendo dall'osservazione dei comportamenti e delle scelte di vita della vittima, mira ad imporre al danneggiante di risarcire gli eredi della stessa di un importo pari a quello che il defunto sarebbe stato disposto a pagare (o accettare) al fine di evitare (o di sostenere) il rischio dell'illecito mortale. La seconda, invece, propone di trasferire la valorizzazione della riduzione del rischio per la vita del singolo individuo a una collettività opportunamente definita (i lavoratori di un certo settore, gli abitanti di una certa zona geografica, ecc.), la quale viene chiamata a determinare la somma di denaro che sarebbe disposta a pagare per ridurre le probabilità di morte di una persona, di identità non nota, appartenente alla comunità stessa. Entrambe le varianti, come si diceva sopra, sono state, tuttavia, considerate non meritevoli di essere seguite dalla sentenza in discorso: la prima, perché «prospetta un rischio di sovrastima che ciascuno può assegnare al valore della propria vita»; la seconda, in quanto «prospetta un rischio di indifferenza nei confronti della vittima e delle circostanze del caso concreto» (per ulteriori dettagli, v., ancora, C. MEDICI, *Morte immediata della vittima e aporie della responsabilità civile*, cit., spec. 1028 s.).

¹² Per abbondanti riferimenti a questo orientamento giurisprudenziale, v. M.V. DE GIORGI, *Danno, IX* Risarci-



Un diverso orientamento ha, tuttavia, negato che si possa parlare di un «danno biologico da morte», adducendo che sussisterebbe un'ontologica e profonda diversità tra soppressione della vita da un lato e danno all'integrità psico-fisica dall'altro: la morte, in altri termini, non potrebbe essere considerata la massima lesione della salute, in quanto quest'ultima presupporrebbe l'esistenza in vita del soggetto danneggiato e, di conseguenza, il danno biologico presupporrebbe la permanenza in vita dell'individuo leso con menomazioni invalidanti. A porsi su piani separati e ben differenti, secondo questa prospettiva, sarebbero, in realtà, la vita e la salute stesse, considerate due beni giuridici diversi, oggetti di altrettanto distinti diritti; e il bene giuridico della vita, in particolare, si caratterizzerebbe per essere fruibile solo in natura da parte del titolare e per essere insuscettibile di reintegrazione per equivalente sul piano civilistico, peraltro senza che ciò comporti alcuna lacuna di tutela in virtù dell'ampia protezione di cui detto bene giuridico gode dal punto di vista penalistico¹³.

A tutte queste considerazioni sono state opposte diverse obiezioni.

Innanzitutto, è stata sottoposta a revisione critica la distinzione tra «salute» e «vita» delineata sopra. A questo riguardo è stato affermato che da un lato l'integrità psico-fisica della persona costituirebbe una *qualità* essenziale della vita, e dall'altro che la vita stessa rappresenterebbe un *presupposto* fondamentale della prima, alla quale sarebbe legata da un legame di reciproca interdipendenza: in questa prospettiva, si è allora concluso, non si potrebbe certo sostenere una separazione delle due entità, né (soprattutto) si potrebbe ragionevolmente negare che la soppressione dell'una finisca per coincidere con la soppressione dell'altra¹⁴. Del resto, com'è stato da taluno suggerito, anche qualora si volesse continuare a negare che il danno da morte possa essere qualificato (e risarcito) come danno biologico – per presupporre, quest'ultimo, la sopravvivenza del soggetto danneggiato – si potrebbe, comunque, pensare di risarcire la perdita della vita come danno da perdita di *chance* di sopravvivenza della vittima, quest'ultima per l'appunto venendo privata, in seguito all'uccisione, di una posizione di aspettativa costituita dalla possibilità di vivere più a lungo¹⁵; salvo non voler ragionare, in una prospettiva comunque non dissimile, di danno futuro, il diritto al risarcimento del quale sorgerebbe in capo alla vittima dell'illecito nel momento in cui subisce la lesione fatale¹⁶.

mento del danno da uccisione, in *Enc. giur.*, XI, Treccani, 1999, 6; G. FACCI, *Il risarcimento del danno in caso di morte*, Cedam, 2004, 695 ss.

¹³ In questo senso v., per esempio, Cass. 16 maggio 2003, n. 7632, in *Danno resp.*, 2003, 1078. Queste argomentazioni sono state recentemente riprese e ribadite da Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, cit.

¹⁴ Sul punto v., per esempio, P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Utet, 1998, 508 ss.; M. BONA, *Il danno da perdita della vita: osservazioni a sostegno della risarcibilità*, in *Danno resp.*, 1999, 628, ove citazioni di giurisprudenza di merito in tal senso.

¹⁵ Per questa prospettiva v., in particolare, P. ZIVIZ, *È risarcibile la perdita della vita?*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1031 ss.; ID., *Illusioni perdute*, cit., 1453 ss. In senso critico v., però, R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartleby*, cit., 907, secondo i quali si tratterebbe di una soluzione «in verità poco battuta perché in odore di palese artificiosità».

¹⁶ C.M. BIANCA, *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo*, in



In realtà, sembra doversi riconoscere che il modo in cui si intenda ricostruire il rapporto tra la (lesione della) salute e la (lesione della) vita non è decisivo, fuori di dubbio essendo che quest'ultima è oggetto di un diritto che riceve il massimo riconoscimento e la più ampia tutela da parte dell'ordinamento, sia interno che sovranazionale: il vero problema, quindi, è verificare – analogamente a quanto vale per il diritto alla salute, posto che l'art. 32 Cost. non dice nulla in merito alla risarcibilità del danno derivante dalla lesione di tale diritto¹⁷ – se l'ordinamento consenta o meno di risarcire la lesione del diritto alla vita¹⁸, e al riguardo una soluzione negativa non è, di per sé, necessariamente imposta dall'adesione alla tesi che ravvisa un'irriducibile diversità fra la vita e la salute¹⁹.

Non è andata esente da critiche, in secondo luogo, nemmeno la considerazione che il bene giuridico della vita sarebbe fruibile solo in natura da parte del titolare e non potrebbe essere oggetto di *restitutio in integrum*: se da un lato è infatti vero che è inimmaginabile una *restitutio in vitam*²⁰, dall'altro lato non sembra potersi negare che lo stesso problema, a ben vedere, si dovrebbe presentare anche nelle ipotesi di danno biologico permanente²¹, del quale, tuttavia, viene da tempo pacificamente ammessa la risarcibilità²².

Secondo i sostenitori della tesi della risarcibilità del danno tanatologico, infine, la tutela penalistica del diritto alla vita non sarebbe affatto sufficiente ad escluderne la riparabilità sul piano civilistico, in quanto vuoti di tutela potrebbero aprirsi tutte le volte in cui, per una qualche ragione, l'uccisore non sia punibile o la norma incriminatrice non sia applicabile²³.

3. – Premesso quanto sopra, contro la tesi della risarcibilità del danno tanatologico è stato pure osservato che risarcire la perdita della vita in quanto tale significherebbe risarcire un danno-evento, per l'appunto costituito dalla distruzione della vita dell'individuo in sé considerata, e così scontrarsi con il principio, propugnato dall'impostazione dottrinale più accreditata²⁴ e paci-

Resp. civ. prev., 2014, 499 s.; R. PUCELLA, *Coscienza sociale e tutela risarcitoria del valore-persona: sul ristoro del danno da morte*, cit., 274.

¹⁷ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, 2011. 192 s.

¹⁸ In dottrina v., per tutti, M. BONA, *Il danno da perdita della vita*, cit., 628 s.

¹⁹ L.A. SCARANO, *La quantificazione del danno non patrimoniale*, Giappichelli, 2013, 74; Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361, cit.

²⁰ Così come non è possibile attribuire alla vittima dell'illecito letale il risarcimento del danno da morte, che dovendo essere necessariamente attribuito agli eredi della stessa solleva delicati problemi anche con riguardo al rispetto della concezione riparatoria e non sanzionatoria della funzione della responsabilità civile: sul punto v., *amplius*, il par. 6.

²¹ Un soggetto rimasto in vita ma divenuto cieco o paraplegico, per esempio, non potrebbe mai essere veramente riportato nella condizione in cui si troverebbe in assenza del fatto lesivo dall'erogazione di una somma di denaro.

²² V., fra i tanti, M. BONA, *Il danno da perdita della vita*, cit., 629.

²³ Lo rileva, tra gli altri, R. FOFFA, *Il danno tanatologico e il danno biologico terminale*, in *Danno resp.*, 2003, 1090.

²⁴ V., in luogo di molti, A. DI MAJO, *Discorso generale sulla responsabilità civile*, in *Diritto civile*, diretto da N.



ficamente fatto proprio dalla stessa giurisprudenza²⁵, secondo cui sono invece risarcibili solamente i danni-conseguenza, vale a dire gli effetti negativi, economici e non, che l'evento lesivo produce per la vittima dell'illecito.

Anche a tale argomento, peraltro, si è ritenuto potersi replicare secondo un duplice ordine di considerazioni.

Taluno ha autorevolmente sostenuto che il principio di cui sopra sarebbe, in realtà, smentito dalla stessa giurisprudenza nel momento in cui ammette la risarcibilità del danno biologico quale lesione dell'integrità psico-fisica in sé considerata, a prescindere dalle conseguenze pregiudizievoli, economiche e non, che ne possono derivare per l'individuo²⁶. A ciò si potrebbe, peraltro, controbattere che, in realtà, l'impostazione che distingue tra danno-evento (non risarcibile) e danni-conseguenza (risarcibili) parrebbe essere rispettata dai nostri giudici di legittimità anche nell'ambito di questo tipo di danno, come dimostrano quelle pronunce secondo le quali «un danno biologico propriamente considerato – un danno, cioè, considerato non sotto il profilo eventista, ma consequenzialista – non sarebbe legittimamente configurabile (sul piano risarcitorio, non ontologico) tutte le volte che la lesione (danno evento) non abbia procurato conseguenze dannose risarcibili al soggetto: la rottura, da parte di un terzo, di un dente destinato di lì a poco ad essere estirpato dal (costoso) dentista è certamente una lesione medicalmente accertabile, ma, sussunta nella sfera del rilevante giuridico (*id est*, del rilevante risarcitorio), non è (non dovrebbe) essere anche lesione risarcibile, poiché nessuna conseguenza dannosa (anzi ...), sul piano della salute, appare nella specie legittimamente predicabile (la medesima considerazione potrebbe svolgersi nel caso di frattura di un arto destinato ad essere frantumato nel medesimo modo dal medico ortopedico nell'ambito di una specifica terapia ossea che attende di lì a poco il danneggiato)»²⁷.

In una diversa ma contigua prospettiva, al fine di sostenere la risarcibilità del danno tanatologico è stato affermato che il principio dell'irrisarcibilità dei danni-evento, pur rimanendo fermo in termini generali, dovrebbe *necessariamente* soffrire un'*eccezione* per il caso del danno da morte, perché con l'annientamento del supremo bene della vita l'individuo non subisce la lesione (o la perdita) di uno o più specifici beni giuridici, ma perde irrimediabilmente tutto ciò che la vita stessa racchiude(va), sicché sarebbe preclusa in radice la possibilità stessa di verificare e valutare quali conseguenze negative sarebbero da considerarsi derivate dal danno-evento costituito dal decesso²⁸.

Lipari e P. Rescigno, Vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, III, *La responsabilità e il danno*, Giuffrè, 2009, 18 ss., spec. 45 s.

²⁵ V., in particolare, le sentenze di Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975.

²⁶ C.M. BIANCA, *Il danno da perdita della vita*, in *Vita not.*, 2012, 1499; ID., *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo*, cit., 499.

²⁷ Sono parole di Cass. 20 novembre 2012, n. 20292 (in *Corr. giur.*, 2013, 315), poi pedissequamente riprese da Cass. 3 ottobre 2013, n. 22585 (in *Foro it.*, 2013, I, 3442).

²⁸ È questo, in sintesi, il ragionamento tratteggiato da L.A. SCARANO, *La quantificazione del danno non patrimoniale*, cit., 81 s. e 87 s., nonché da Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361, cit., poi autorevolmente avallato da C.M. BIANCA, *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo*, cit., 499.



Anche questo ragionamento è però andato incontro a diverse obiezioni, che vanno dalle accuse di scarsa – quando non nulla, a seconda delle opinioni – solidità teorica²⁹ all’osservazione che la portata dell’eccezione che esso vorrebbe introdurre sarebbe tale da mettere in crisi lo stesso principio dell’irrisarcibilità dei danni-evento³⁰; obiezioni, queste, alle quali si potrebbe, peraltro, forse ribattere che, se in virtù di quanto detto sopra il danno-evento e i danni-conseguenza finiscono per coincidere nel caso di danno da morte, allora non sarebbe dato parlare di una vera e propria eccezione al principio dell’irrisarcibilità del danno-evento, quest’ultimo venendo ad essere risarcito in quanto coincidente, per l’appunto, con i danni-conseguenza.

Al fine di sostenere la risarcibilità del danno tanatologico, secondo taluno, si potrebbe piuttosto «spinge[re] all’estremo l’oggettivizzazione della nozione di danno-conseguenza» e concepire «la conseguenza dannosa della lesione del diritto alla vita» come «il non poter fare ciò che la vita avrebbe consentito di fare»³¹; ma pure tale ragionamento non è apparso condivisibile ad altri Autori, secondo i quali sarebbe assai poco credibile ogni percorso argomentativo che tenti di sostenere la risarcibilità del danno tanatologico senza abbandonare la prospettiva che identifica il pregiudizio risarcibile con la lesione del diritto in quanto tale³².

4. – Un’altra tradizionale obiezione alla tesi della risarcibilità del danno tanatologico argomenta che, quando la morte è conseguenza immediata dell’illecito, al momento del decesso la

²⁹ V., in particolare, F.D. BUSNELLI, *La “dottrina delle corti” e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2014, 468, che al riguardo ha parlato di «un salto logico» e di «una finzione di danno che non sembra giustificarsi razionalmente come [...] eccezione al principio della irrisarcibilità del danno-evento». Se da un lato può apparire una forzatura parlare di «finzione di danno» con riguardo all’uccisione di un individuo, dall’altro va rilevato che, seppure con una certa varietà di accenti, lo scarso rigore del ragionamento delineato nel testo è stato messo in luce da diversi altri Autori, tra i quali si possono ricordare, per esempio, G. FACCI, *Il danno da perdita della vita alla “prova” delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2014, 795; P. CENDON-N. SAPONE, *Verso una nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 254; G. PONZANELLI, *La sentenza “Scarano” sul danno da perdita della vita: verso un nuovo statuto di danno risarcibile?*, in *Danno resp.*, 2014, 390.

³⁰ E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale iure hereditario. Spunti per una riflessione critica*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 729; F.D. BUSNELLI, *Tanto tuonò, che non piovve*, cit., 1208; M. DELLACASA, *Rinnovamento e restaurazione nel risarcimento del danno da morte*, cit., 1311; E. NAVARRETTA, *La «vera» giustizia e il «giusto» responso delle S.U. sul danno tanatologico iure hereditario*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1423 ss. In giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, cit.

³¹ È questa, in sintesi, la concezione di P. CENDON-N. SAPONE, *Verso una nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*, cit., 255 s., che più diffusamente argomentano come segue: «danno è un peggioramento, la privazione di un valore. Tale privazione emerge all’esito di un raffronto tra ciò che è e ciò che sarebbe stato senza l’illecito. Questo tipo di ragionamento è possibile anche per il danno da morte? Se sì, allora il danno da perdita della vita è risarcibile; altrimenti no. Si tratta di vedere se anche dopo la morte è possibile comparare ciò che è (la non vita) e ciò che sarebbe stato senza l’illecito. C’è sempre uno sdoppiamento tra due sequenze parallele. Vite parallele sono anche quelle che si confrontano nel danno da perdita della vita; solo che in questo caso il parallelismo si instaura tra una vita più breve – quella effettiva – e una più lunga, quella che sarebbe stata senza l’illecito. Di peculiare c’è che il primo termine (la vita effettiva) rappresenta il grado zero in termini di valore. Ma la controfattualità non è dissimile da quella solita. Si verifica controfattualmente pur sempre – come in ogni tipo di danni – qualcosa che non è e che sarebbe stato».

³² E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale iure hereditario. Spunti per una riflessione critica*, cit., 729 s.



vittima perde istantaneamente la capacità giuridica e, quindi, la capacità di divenire titolare di un qualsivoglia diritto al risarcimento del danno (da perdita della vita) che possa trasmettersi *mortis causa* ai suoi eredi³³: da questo punto di vista, non di rado si afferma che l'irrisarcibilità *iure hereditario* del danno da morte, al di là di ogni giudizio di merito, comunque si imporrebbe come «un limite strutturale della responsabilità civile»³⁴.

Al fine di contestare questo ragionamento – molto spesso definito «epicureo» dai suoi detrattori³⁵ – è stato da più parti osservato che, nel momento in cui subisce la lesione mortale, la vittima è ovviamente (ancora) in vita e sarebbe, quindi, in grado di acquistare un diritto al risarcimento³⁶; senza contare che, in realtà, un'autentica contemporaneità tra lesione fatale e morte, già molto rara dal punto di vista strettamente clinico³⁷, non potrebbe mai essere ravvisata dal punto di vista logico e giuridico, nella prospettiva del quale occorrerebbe, piuttosto, riconoscere che il fatto-morte provoca sia il sorgere della pretesa risarcitoria per la perdita della vita sia la scomparsa della vittima come soggetto giuridico, scomparsa alla quale conseguirebbe il trapasso della pretesa risarcitoria agli eredi³⁸.

Anche «l'argomento del cronometro» – com'è stato ironicamente definito – non mette però fine alla discussione, posto che non convince né quanti sostengono che «così [...] il dibattito si avvita nell'imperscrutabile e negli ingranaggi della macchina spacca-capello di jheringhiana memoria, perdendo di vista la premessa stessa dell'argomento, ossia la pretesa incapacità strutturale del rimedio risarcitorio come prodotto dell'eccezionalità della situazione»³⁹, né coloro i quali ritengono «vano [...] sostenere che, quando la vittima subisce la lesione mortale, è ancora

³³ L'argomento è diffuso soprattutto in giurisprudenza: v., per tutte, Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, cit.

³⁴ A quanto consta, l'espressione è stata utilizzata per la prima volta da Corte Cost., 27 ottobre 1994, n. 372, cit.

³⁵ In quanto riecheggia le seguenti affermazioni di Epicuro nella "Lettera sulla felicità a Meneceo": «il più terribile dei mali, la morte, non è nulla per noi, perché quando ci siamo noi non c'è la morte, quando c'è la morte non ci siamo più noi. La morte quindi è nulla, per i vivi come per i morti: perché per i vivi essa non c'è ancora, mentre per quanto riguarda i morti, sono essi stessi a non esserci».

³⁶ V., fra i tanti, C.M. BIANCA, *Il danno da perdita della vita*, cit., 1498; ID., *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo*, cit., 499; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed., Giuffrè, 2006, 67; L.A. SCARANO, *La quantificazione del danno non patrimoniale*, cit., 78. In giurisprudenza v., per tutte, Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361, cit.

³⁷ In particolare, secondo Cass. 12 luglio 2006, n. 15760, cit., dal punto di vista clinico gli unici casi di morte istantanea sarebbero la decapitazione e lo spapolamento del cervello.

³⁸ Così, tra, gli altri, P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 509; R. PUCCELLA, *Coscienza sociale e tutela risarcitoria del valore-persona: sul ristoro del danno da morte*, cit., 273 s.; A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Di bianco o di nero: la «querelle» sul danno da morte*, cit., 764; M. DELLACASA, *Rinnovamento e restaurazione nel risarcimento del danno da morte*, cit., 1297 ss. In giurisprudenza v., ancora una volta, Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361, cit.

³⁹ Le parole riportate nel testo tra virgolette sono di R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartleby*, cit., 907. In prospettiva non dissimile v., inoltre, E. NAVARRETTA, *La «vera» giustizia e il «giusto» responso delle S.U. sul danno tanatologico iure hereditario*, cit., 1425 s., secondo cui sarebbe «finanche ultroneo, o comunque sin troppo agevole, reagire ai bizantinismi elaborati per sottrarsi all'ovvia considerazione che inferisce, dalla coincidenza fra la lesione della vita e la perdita della capacità giuridica, l'impossibilità di una trasmissione ereditaria del credito risarcitorio maturato per siffatto evento».



in vita, poiché se è in vita non ha ancora perso tale bene e quando lo ha perso è anche privata della capacità giuridica»⁴⁰.

5. – Forse ancora più radicata di quella che si è appena finito di esaminare è la discussione intorno alla validità dell'argomento secondo cui, negando la risarcibilità del danno da morte, si otterrebbe l'inaccettabile risultato di premiare l'autore dell'illecito, per il quale diverrebbe «più conveniente uccidere che ferire»⁴¹.

Chi crede nella sensatezza di tale affermazione sostanzialmente ritiene che, posta la superiorità del bene giuridico della vita rispetto al bene giuridico della salute, un ordinamento che consenta di risarcire la (meno grave) lesione della salute, ma non la (più grave) perdita della vita incorrerebbe fatalmente in un esito paradossale, per l'appunto rendendo economicamente meno oneroso uccidere una persona piuttosto che ferirla⁴²; senza contare poi, sempre sul piano dell'esigenza di coerenza complessiva dell'ordinamento, che vi sono anche altri diritti della persona di rango sicuramente inferiore al diritto alla vita, quali i diritti attinenti alla sfera della personalità morale dell'individuo, che senz'altro godono di tutela postmortale⁴³. A dire il vero, la maggior parte delle voci che si levano in tal senso sembrano considerare l'affermazione in parola (quasi) auto-evidente, anche se non manca chi ha cercato di suffragarla in modo più compiuto⁴⁴.

Un significativo orientamento contrario, tuttavia, sostiene che «l'argomento (“è più conveniente uccidere che ferire”), di indubbia efficacia retorica⁴⁵, è in realtà solo suggestivo, perché non corrisponde al vero che [...] dall'applicazione della disciplina vigente le conseguenze eco-

⁴⁰ E. NAVARRETTA, *La «vera» giustizia e il «giusto» responso delle S.U. sul danno tanatologico iure hereditario*, cit., 1426.

⁴¹ Di recente è stato osservato, non senza una punta di ironia, che a circa trent'anni dal suo ingresso nel dibattito sul danno tanatologico l'argomento *de quo* «viene ancora impiegato in tutti gli scritti sulla questione e in tutti gli interventi ai convegni, soprattutto per alleggerire l'impegno del pubblico e, magari, provocare un applauso» (M. FRANZONI, *Danno tanatologico, meglio di no ...*, cit., 903).

⁴² V., in luogo di molti, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 67 e P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 506.

⁴³ L'osservazione è di A. GALASSO, *Il danno tanatologico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 262. Per una trattazione del tema appena richiamata nel testo v., da ultimo, M. TESCARO, *La tutela postmortale della personalità morale e specialmente dell'identità personale*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, I, *I diritti fondamentali fra concetti e tutele*, Esi, 2014, 825 ss.

⁴⁴ V., per esempio, M. DELLACASA, *Rinnovamento e restaurazione nel risarcimento del danno da morte*, cit., 1303: «quando la lesione non si limita a pregiudicare la salute della vittima, ma ne causa la morte, il responsabile consegue comunque un vantaggio patrimoniale rispetto all'ipotesi in cui la vittima sia rimasta in vita, perché dai guadagni che quest'ultima avrebbe percepito occorre detrarre le somme che avrebbe destinato alla soddisfazione delle proprie necessità (c.d. quota *sibi*). Sul versante del danno emergente, inoltre, le spese funerarie sono molto probabilmente inferiori alle spese mediche che il soggetto sopravvissuto alle lesioni deve sostenere. Se poi consideriamo il danno subito dai congiunti, la morte della persona cara li esonera dallo svolgimento delle mansioni di cura e assistenza che interferiscono negativamente con l'attività lavorativa e la conseguente capacità di produrre reddito».

⁴⁵ Così anche Cass. 24 marzo 2011, n. 6754, cit.



nomiche dell'illecita privazione della vita siano in concreto meno onerose per l'autore dell'illecito di quelle che derivano dalle lesioni personali, essendo indimostrato che la sola esclusione del credito risarcitorio trasmissibile agli eredi comporti necessariamente una liquidazione dei danni spettanti ai congiunti di entità inferiore»⁴⁶. A tale riguardo bisogna, infatti, tenere a mente – ed è un aspetto sul quale torneremo anche nel prosieguo del discorso – che la giurisprudenza pacificamente riconosce anche ai congiunti (o familiari) della vittima dell'uccisione la legittimazione ad agire *iure proprio* per vedersi risarcire i danni, patrimoniali e non patrimoniali, direttamente subiti in conseguenza dell'illecito mortale⁴⁷; e questi soggetti possono concorrere con gli eredi che agiscono, *iure hereditario*, per il risarcimento dei danni sofferti dal defunto prima della morte, ma più spesso coincidono con gli eredi stessi, cumulando quindi pretese risarcitorie *iure proprio* e pretese risarcitorie *iure hereditario*⁴⁸.

Inoltre, che risarcire il danno all'integrità psico-fisica ma non quello da uccisione non sia una soluzione inappropriata sarebbe corollario, sempre secondo questa prospettiva, della mancanza di copertura costituzionale del principio di integrale riparazione del danno⁴⁹.

6. – Il problema della risarcibilità del danno tanatologico incrocia anche il dibattito, che in questa sede non potrebbe evidentemente essere approfondito nemmeno nelle sue linee essenziali, relativo alle funzioni della responsabilità civile, ormai da diverso tempo in bilico fra la tradizionale visione essenzialmente riparatoria (o compensativa) della lesione inferta al danneggiato e l'impostazione secondo cui tale istituto potrebbe, invece, assumere (anche) connotazioni sanzionatorie e di deterrenza⁵⁰.

⁴⁶ Sono parole di Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, cit., alle quali hanno prestato adesione, tra gli altri, M. FRANZONI, *Danno tanatologico, meglio di no...*, cit., 903, e G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sul danno tanatologico*, cit., 910.

⁴⁷ E non sembra affatto azzardato ipotizzare che tale indirizzo «abbia avuto, tra gli obiettivi, quello di mitigare la sensazione di ingiustizia derivante dal non ammettere il risarcimento del danno da perdita della vita *iure hereditario*» (così F.P. PATTI, *Danno da nascita e danno da morte: due sentenze a confronto*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 777). Sulle considerazioni valoriali e di giustizia sostanziale connesse alla questione della risarcibilità del danno tanatologico, v. *infra*, par. 7.

⁴⁸ In questa sede non è certamente possibile soffermarsi ad analizzare compiutamente tutte le problematiche sollevate dall'individuazione dei familiari legittimati ad agire *iure proprio*, delle condizioni in presenza delle quali essi possono pretendere un risarcimento e delle tipologie di danni (soprattutto non patrimoniali) che vanno loro riconosciuti. Nell'amplessima bibliografia in argomento, v., in particolare, M.V. DE GIORGI, *Danno, IX) Risarcimento del danno da uccisione*, cit., 1 ss., nonché M. FRANZONI, *Il diritto al risarcimento del danno*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Giuffrè, 2009, 549 ss.

⁴⁹ Il ragionamento è stato svolto da Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, cit., ma ha incontrato le censure di G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sul danno tanatologico*, cit., 910, secondo cui tale affermazione, «pur svolta in subordine, pare ammettere che la situazione della morte immediata sia oggi caratterizzata da una sottovalutazione del risarcimento rispetto a quella del macroleso». Più in generale sul tema, v., per tutti, G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Bussani, Esi, 2006, 67 ss.

⁵⁰ Nella sterminata bibliografia sull'argomento, sembra doveroso segnalare, quantomeno, AA.VV., *La funzione deterrente della responsabilità civile*, a cura di P. Sirena, Giuffrè, 2011.



L'incontro fra le due questioni avviene in virtù del fatto che il risarcimento del danno da morte non può giovare alla vittima dell'illecito (quest'ultima essendo, per l'appunto, defunta) e necessariamente si traduce nell'assegnazione di una somma di denaro a favore degli eredi della stessa: secondo una diffusa corrente di pensiero, tale risarcimento assumerebbe allora una funzione punitiva, estranea al nostro sistema della responsabilità civile, che ne precluderebbe la stessa ammissibilità⁵¹.

Pure tale assunto è stato ritenuto suscettibile di essere destituito di fondamento, anche se sulla base di due diversi percorsi argomentativi.

Secondo il primo, la circostanza che il risarcimento del danno da morte venga attribuito agli eredi del defunto in realtà non porterebbe a uno snaturamento della funzione compensativa dello stesso, in quanto tale somma accrescerebbe pur sempre il patrimonio della vittima e quest'ultima se ne avvantaggerebbe trasmettendola ai soggetti che ha interesse a beneficiare quali suoi eredi legittimi o testamentari⁵². Si tratta di un ragionamento che, peraltro, è stato a sua volta contestato, in particolare osservando che il fatto dell'accrescimento del patrimonio è un dato che, di per sé, non direbbe nulla circa la funzione dell'attribuzione monetaria e che non sembrerebbe, pertanto, sufficiente a smantellare la tesi che vuole attribuire una funzione punitiva al risarcimento del danno tanatologico⁵³.

Un altro orientamento preferisce non contestare l'idea che il risarcimento del danno tanatologico svolga una funzione sanzionatoria e deterrente, ma sostiene che, di fronte alla lesione di un bene primario qual è quello della vita umana, ben si potrebbe e dovrebbe ammettere che ciò accada, discostandosi quindi dal principio secondo cui la responsabilità civile ha, in genere, una funzione (solamente) riparatoria⁵⁴. Ma in questo modo si ritorna ad incrociare il più generale

⁵¹ In questo senso si è espressa, da ultimo, Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, cit., così guadagnandosi, da un lato, il plauso di M. FRANZONI, *Danno tanatologico, meglio di no ...*, cit., 904, ma anche, dall'altro, le critiche di C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno tanatologico e le funzioni della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1430 ss., spec. 1436 ss., secondo cui il quadro delle funzioni della responsabilità civile tratteggiato dalla sentenza in discorso non sarebbe veritiero in quanto non terrebbe conto dell'ampio dibattito, non solo dottrinale ma anche giurisprudenziale, relativo alla possibilità di attribuire (anche) funzioni sanzionatorie e deterrenti a questo istituto.

⁵² C.M. BIANCA, *Il danno da perdita della vita*, cit., 1500 s.; ID., *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo*, cit., 501 s.; M. BONA, *Sezioni Unite 2015: no alla «loss of life», ma la saga sul danno non patrimoniale continua*, cit., 1554; F.P. PATTI, *Danno da nascita e danno da morte: due sentenze a confronto*, cit., 783; L.A. SCARANO, *La quantificazione del danno non patrimoniale*, cit., 79, 82, il quale giunge ad affermare che «la funzione compensativa risulta pienamente assolta e il soggetto è altresì «consolato» dal sapere, già anteriormente a tale perdita, che l'eventuale credito dalla medesima derivante accresce(rà) senz'altro il proprio patrimonio ereditario». Nello stesso senso v., in giurisprudenza, Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361, cit.

⁵³ E. NAVARRETTA, *La «vera» giustizia e il «giusto» responso delle S.U. sul danno tanatologico iure hereditario*, cit., 1425; A. GORGONI, *Il danno da perdita della vita: un nuovo orientamento della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 419.

⁵⁴ V., per esempio, R. SIMONE, *Il danno per la perdita della vita: «die hard» 2.0*, cit., 768; M. DELLACASA, *Rinnoveramento e restaurazione nel risarcimento del danno da morte*, cit., 1301 ss.; M. BONA, *Sezioni Unite 2015: no alla «loss of life», ma la saga sul danno non patrimoniale continua*, cit., 1550 ss.; ID., *Il danno da perdita della vita: osservazioni a sostegno della risarcibilità*, cit., 629 s., ove citazioni di giurisprudenza in tal senso.



problema delle funzioni della responsabilità civile, che come già detto è alquanto dibattuto e appare ancora ben lontano da trovare soluzioni sufficientemente sicure.

7. – Per il fatto di riguardare il diritto alla vita dell'uomo, il dibattito sulla risarcibilità del danno tanatologico è sempre stato caratterizzato pure da profili etici e valoriali, che in una certa misura impongono di inquadrare il problema anche dal punto di vista della giustizia sostanziale e delle convinzioni della società: non per niente, anche chi si schiera a favore della tesi negativa è costretto ad ammettere che «certo, non è facile spiegare all'uomo della strada che alla vittima di una morte immediata (e ovviamente ai suoi eredi per diritto ereditario) non spetta alcun risarcimento, a differenza di coloro che hanno riportato una macrolesione»⁵⁵.

In questa dimensione si inserisce una proposta ermeneutica, secondo cui la tradizionale tesi dell'irrisarcibilità del danno tanatologico si fonderebbe sull'utilizzo di categorie giuridiche e concezioni dogmatiche che, per quanto consolidate, non sarebbero più in linea con la «coscienza sociale» e il «comune sentire dell'attuale momento storico», ai quali invero ripugnerebbe la mancanza di una tutela civilistica, di stampo risarcitoria, per il diritto alla vita. Di fronte a questo stato delle cose, allora, è stato sostenuto essere preciso dovere dell'interprete quello di liberarsi degli schemi tradizionali e provvedere all'elaborazione di nuove soluzioni, più moderne e maggiormente rispondenti alle esigenze della comunità, che nel caso di specie dovrebbero, in particolare, consistere nell'idea secondo cui il danno tanatologico andrebbe risarcito (anche) nell'interesse della collettività, la distruzione della vita umana rappresentando un'offesa al nucleo familiare della vittima nonché un costo elevatissimo per l'intera società⁵⁶.

Anche queste argomentazioni sono però state oggetto di diversi rilievi critici.

Innanzitutto, all'argomento fondato sulla necessità di tutelare la vita quale bene collettivo è stato replicato che a tale esigenza già risponderebbe la normativa penalistica, «la cui funzione peculiare», a differenza del risarcimento del danno operante sul piano civilistico, «è appunto quella di soddisfare esigenze punitive e di prevenzione generale della collettività nel suo complesso»⁵⁷.

All'argomento fondato sul richiamo alla coscienza sociale sono state poi mosse due obiezioni.

⁵⁵ G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sul danno tanatologico*, cit., 910.

⁵⁶ Queste considerazioni si devono a N. LIPARI, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 523 ss., e ID., *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, 2013, 213 ss., nella cui scia si sono poi inseriti P. ZIVIZ, *Illusioni perdute*, cit., 1451; R. SIMONE, *La livella e il (mancato) riconoscimento del danno da perdita della vita*, cit., 2705 s.; L.A. SCARANO, *La quantificazione del danno non patrimoniale*, cit., 79 s. In linea con questa dottrina, anche Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, cit. ha affermato doversi rispondere alle summenzionate istanze provenienti dalla coscienza sociale e dal comune sentire dell'attuale momento storico, ma allo scopo di argomentare la risarcibilità del danno tanatologico non ha ritenuto di sposare la tesi del danno da morte quale «danno collettivo», preferendo fare ricorso, come abbiamo già visto *supra* nel testo, all'elaborazione di un'eccezione al principio dell'irrisarcibilità dei danni-evento.

⁵⁷ Sono parole di Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, cit.



Da un primo punto di vista si osserva che tale concetto può senza dubbio svolgere un importante ruolo nell'imbastire riflessioni *de iure condendo*, ma non sembra poter essere legittimamente utilizzato quale criterio d'interpretazione del dato normativo, a causa tanto della sua intrinseca debolezza argomentativa⁵⁸ quanto della sua estrema indeterminatezza, che tra le altre cose comporta il rischio che il concetto possa venire agevolmente distorto al fine di dare ingresso alle opzioni ideologiche del singolo interprete⁵⁹. Secondo taluno, sarebbe, del resto, dubbio pure che l'impiego della coscienza sociale quale criterio ermeneutico sia un'operazione effettivamente praticabile, considerato che, specialmente di fronte a società notevolmente complesse e pluraliste come quelle attuali, assai raramente potrebbe ritenersi che il singolo giudice sia attrezzato per svolgere adeguate indagini di tipo sociologico e trarne criteri di valutazione in qualche misura attendibili⁶⁰.

In secondo luogo, è stato revocato in dubbio l'assunto che vorrebbe corrispondere ad un'esigenza sentita dalla coscienza sociale il riconoscimento della risarcibilità *iure hereditario* del danno tanatologico. Laddove, come generalmente accade, gli eredi coincidono con i familiari della vittima che possono già ottenere un risarcimento agendo *iure proprio*, si è detto che attribuire loro un ulteriore risarcimento, a titolo di riparazione del danno tanatologico, avrebbe l'unico scopo di far conseguire a questi soggetti una somma di denaro più cospicua permettendo loro di arricchirsi lucrando sulla morte di un proprio congiunto, vale a dire un risultato che ben difficilmente potrebbe essere reputato in sintonia con il comune sentire della collettività⁶¹. Qualora, poi, gli eredi legittimi non coincidano con i familiari della vittima titolati ad agire *iure proprio*, si è analogamente sostenuto trattarsi di soggetti che non avevano un legame affettivo con il *de cuius* sufficientemente intenso da giustificare – sempre, s'intende, sul piano della giustizia sostanziale e delle esigenze avvertite dalla coscienza sociale – che venga loro attribuito un risarcimento per la morte del congiunto⁶². Nell'ipotesi, infine, in cui il destinatario del risarcimento del danno tanatologico sia un erede testamentario, si è ritenuto che il problema potrebbe essere più linearmente affrontato, invece che con il risarcimento del danno tanatologico, sul piano delle pretese a quel soggetto attribuibile *iure proprio*, per esempio considerando lo stesso testamento

⁵⁸ Sicché esso appare un «modo troppo intuitivo» (P. CENDON – N. SAPONE, *Verso una nuova stagione (esistenza-lista) del diritto privato*, cit., 254), forse «utile [...] ma non sufficiente» (R. PUCELLA, *Coscienza sociale e tutela risarcitoria del valore-persona: sul ristoro del danno da morte*, cit., 273) per sostenere la tesi della risarcibilità del danno tanatologico.

⁵⁹ A questo riguardo v., in particolare, M. DELLACASA, *Rinnovamento e restaurazione nel risarcimento del danno da morte*, cit., 1311; L. D'ACUNTO, *Le sezioni unite riaffermano l'irrisarcibilità iure hereditatis del danno da perdita della vita*, cit., 1020; in giurisprudenza, Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, cit.

⁶⁰ G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, 2010, 137 s.

⁶¹ In questo senso v., oltre alla dottrina citata nelle note successive, Cass. 24 marzo 2011, n. 6754, cit.; Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, cit.

⁶² Così, oltre alla dottrina citata nella nota immediatamente successiva, L. D'ACUNTO, *Le sezioni unite riaffermano l'irrisarcibilità iure hereditatis del danno da perdita della vita*, cit., 1021.



quale prova della sussistenza e dell'intensità del legame affettivo tra il soggetto *de quo* e la vittima dell'illecito letale⁶³.

8. – La circostanza, già emersa nel paragrafo precedente, che il risarcimento *iure hereditario* del danno tanatologico verrebbe attribuito ai familiari della vittima già legittimati ad ottenere un risarcimento agendo *iure proprio*, o comunque andrebbe a concorrere con tale risarcimento, ha poi innescato ulteriori considerazioni quando si è messo in rilievo che le somme attribuite dai nostri giudici ai congiunti che agiscono *iure proprio* sono generalmente alquanto generose, specialmente se messe a confronto con quelle che vengono assegnate ai familiari dell'ucciso negli altri Paesi europei⁶⁴: in questo quadro, diverse voci hanno ammonito che il riconoscimento del danno tanatologico potrebbe dare luogo a indesiderabili fenomeni di *overcompensation* e di duplicazioni risarcitorie, con non trascurabili ricadute negative anche sul piano della tenuta del sistema assicurativo e, da quest'ultimo punto di vista, dei costi che dovrebbero essere sopportati dall'intera collettività a fronte del riconoscimento del danno in discorso⁶⁵.

Secondo una diversa corrente di pensiero, tuttavia, «queste preoccupazioni appaiono un poco fuori luogo, data l'entità dei beni in discussione [...], anche tenuto presente che si tratterebbe di riconoscere due distinti risarcimenti a due distinti beni: alla vittima si deve riconoscere il danno alla salute, entrato nel suo patrimonio e trasmesso agli eredi, ed a questi ultimi il valore della vita⁶⁶ che la vittima abbandona. Si tratta della normale trasmissione di un credito risarcitorio, ed il danneggiante giustamente va ritenuto responsabile sia delle lesioni causate al danneggiato, sia di quelle indirette ai suoi familiari»⁶⁷.

Altri ancora, invece, sembrano – almeno implicitamente – riconoscere che ammettere il risarcimento del danno tanatologico porterebbe con sé il rischio di risarcimenti eccessivi e duplicazioni risarcitorie, ma ritengono che tutto ciò potrebbe essere agevolmente evitato tramite un attento ridimensionamento delle somme attualmente riconosciute ai congiunti che agiscono *iure*

⁶³ Su tutto questo v., *amplius*, E. NAVARRETTA, *La «vera» giustizia e il «giusto» responso delle S.U. sul danno tanatologico iure hereditario*, cit., 1418 ss.

⁶⁴ Non si tratta di mere illazioni, ma di dati raccolti e diffusi da diversi studi svolti sull'argomento: v., per esempio, il Quaderno n. 1 dell'IVASS, intitolato *Il Ramo r.c. auto: raffronto tra l'Italia e alcuni paesi della UE su premi, sinistri e sistemi risarcitori del danno alla persona*.

⁶⁵ Per queste considerazioni v., tra gli altri, E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale iure hereditario. Spunti per una riflessione critica*, cit., 732; A. SCALISI, *Gli obiter dicta della Cassazione, tutti contenuti in una stessa sentenza, in tema di danno esistenziale, di danno tanatologico e di ccdd. Pacs*, in *La resp. civ.*, 2007, 23 s.; E. NAVARRETTA, *La «vera» giustizia e il «giusto» responso delle S.U. sul danno tanatologico iure hereditario*, cit., 1416 ss., spec. 1420 ss.; G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sul danno tanatologico*, cit., 910.

⁶⁶ Sul punto v. pure *infra*, la parte finale del par. 10.

⁶⁷ R. FOFFA, *Il danno tanatologico e il danno biologico terminale*, cit., 1092. Esclude senz'altro che sia dato parlare di una duplicazione risarcitoria anche M. DELLACASA, *Rinnovo e restaurazione nel risarcimento del danno da morte*, cit., 1290.



proprio, specialmente quando questi ultimi coincidono con gli eredi che ottengono il risarcimento del danno da morte *iure hereditario*⁶⁸. Al che si è però ritenuto – in maniera, a dire il vero, non particolarmente convincente – potersi ulteriormente replicare, nella prospettiva che ritiene valido l’argomento del richiamo alla coscienza sociale, che quest’ultima assai difficilmente accetterebbe una riduzione del risarcimento riconosciuto ai familiari *iure proprio* al mero fine di ammettere il ristoro del danno da perdita della vita *iure hereditario*⁶⁹.

9. – Un ultimo profilo intorno al quale si sono ulteriormente contrapposte le posizioni favorevoli e contrarie al riconoscimento del danno tanatologico ruota intorno alle indicazioni provenienti dal diritto comparato e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Dal primo punto di vista si evidenzia infatti che, con la sola rilevante eccezione del Portogallo, tutti i principali Paesi europei sembrano sostanzialmente condividere la soluzione che nega la risarcibilità *iure hereditario* del danno da perdita della vita⁷⁰ sulla base di argomenti per larga misura identici a quelli propugnati dalla tradizionale impostazione negativa della giurisprudenza italiana⁷¹. La validità di questo argomento viene tuttavia contestata da un’altra corrente di pensiero, la quale sostanzialmente ritiene che «seguire il gruppo perché ci dev’essere una ragione che lo ispira, ha il valore scientifico che merita ogni conformismo: nessuno»⁷².

⁶⁸ In questo senso v., seppure con varietà di accenti, A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Danno da morte: l’arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*, cit., 2694; F.P. PATTI, *Danno da nascita e danno da morte: due sentenze a confronto*, cit., 777; R. PUCELLA, *Coscienza sociale e tutela risarcitoria del valore-persona: sul ristoro del danno da morte*, cit. 275; R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartleby*, cit., 908.

⁶⁹ Cfr., ancora, L. D’ACUNTO, *Le sezioni unite riaffermano l’irrisarcibilità iure hereditatis del danno da perdita della vita*, cit., 1021.

⁷⁰ Al riguardo v., anche per riferimenti relativi all’esperienza dei singoli Stati, C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, Oxford University Press, 62 ss.; C. VAN DAM, *European Tort Law*, 2^a ed., Oxford University Press, 2013, 170 s.; *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, a cura di C. von Bar-E. Clive, vol. 4, Sellier, 2009, 3226 s., 3229 s., il cui art. VI. – 2:202, intitolato «*Loss suffered by third persons as a result of another’s personal injury or death*», per l’appunto «*proceeds from the principle that death as such does not constitute legally relevant damage [...]. The deceased has no claim which can be asserted on account of the death as such, and the loss of life as such has no value quantifiable in monetary terms which can be assigned by the system of private law to heirs or successors*».

⁷¹ In questo senso v., per esempio, M. FRANZONI, *Danno tanatologico, meglio di no ...*, cit., 901 s., nonché E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale iure hereditario. Spunti per una riflessione critica*, cit., 731. In giurisprudenza, il richiamo allo stato dell’arte degli altri principali Paesi europei è stato operato, in particolare, dalla pronuncia di Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, cit. Si tratta, comunque, soltanto di un rapido cenno, privo di una significativa influenza sulla motivazione della decisione, che fa pertanto rientrare la pronuncia in esame nell’ambito di quelle sentenze in cui l’uso del dato comparatistico può essere definito «esornativo», in quanto costituisce solo un arricchimento culturale, uno sfoggio di erudizione che in realtà non influisce sul percorso argomentativo della decisione (cfr., in generale sull’argomento, G. SMORTO, *L’uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 229 s.).

⁷² Così A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Danno da morte: l’arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*, cit., 2691, i quali aggiungono che, allargando lo sguardo al di fuori dell’Europa, ci si avvede che la so-



Dal secondo punto di vista è stato autorevolmente sostenuto che, secondo una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo⁷³, «la protezione legale del diritto alla vita esige[rebbe] che agli eredi sia riconosciuto il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale per la violazione di tale diritto», sicché «continuare a negare la tutela risarcitoria del diritto alla vita si porrebbe [...] in aperto contrasto con la giurisprudenza della Corte dei Diritti dell'Uomo»⁷⁴. Anche questa argomentazione non sembra però essere decisiva, in quanto si fonda su di un'interpretazione non del tutto sicura della pronuncia di cui sopra: quest'ultima, infatti, ha sì attribuito un risarcimento per il danno non patrimoniale subito dalla vedova, dai figli e dal padre della vittima di un'uccisione, ma non ha in alcun modo specificato che tale risarcimento fosse dovuto a quei soggetti *iure hereditario*, quali successori del defunto, piuttosto che *iure proprio*, quali congiunti del medesimo⁷⁵.

10. – Chi volesse, a questo punto, mettere a confronto le ragioni rispettivamente invocabili a favore e contro la risarcibilità del danno tanatologico e tentare di trarre delle conclusioni in un senso piuttosto che nell'altro, riteniamo si troverebbe in una situazione di grandissima difficoltà. La soluzione positiva e quella negativa sembrano, infatti, poter fare leva su un ugualmente nutrito e solido apparato di argomenti, che tra l'altro si muovono tanto sul piano del ragionamento dogmatico e della logica formale quanto su quello delle valutazioni concernenti esigenze più spiccatamente equitative e di giustizia sostanziale⁷⁶, in maniera tale che ogni valido argomento a supporto della tesi positiva sembra trovare (almeno) un parimenti robusto argomento contrario a sostegno della tesi negativa, e viceversa capovolgendo i termini del discorso⁷⁷.

luzione favorevole alla risarcibilità del danno tanatologico non sarebbe così isolata come nel vecchio continente. In senso analogo v., inoltre, M. BONA, *Il danno da perdita della vita: osservazioni a sostegno della risarcibilità*, cit., 626, il quale afferma che, da un lato, «il nostro sistema ha le sue regole ed è con queste che devono essere fatti i conti», e, dall'altro, che «se gli altri sistemi adottano una certa regola, ciò non significa che la stessa sia la migliore o l'unica possibile». In questa sede non sarebbe ovviamente possibile svolgere una compiuta riflessione sul problema della legittimità e dell'utilità del ricorso alla comparazione nell'argomentazione giuridica: al riguardo, v., ancora, G. SMORTO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, cit., spec. 6 ss.

⁷³ Si tratta di CEDU, 14 dicembre 2000, *Gül v. Turkey* (appl. n. 22676/93).

⁷⁴ Sono parole di C.M. BIANCA, *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo*, cit., 505 s.

⁷⁵ Nella parte della sentenza dedicata a questa voce di danno si legge, infatti, soltanto che «the Court awards GBP 20,000 in respect of the deceased Mehmet Gül to be held by the applicant for his son's widow and dependent children and GBP 10,000 for the applicant himself in respect of non-pecuniary damage».

⁷⁶ Non che, peraltro, i primi siano di per sé destinati a prevalere sui secondi, o viceversa, in quanto non si ritiene sussistere alcuna gerarchia tra gli argomenti interpretativi, in grado di sancire in termini generali la prevalenza di alcuni di essi nei confronti di altri: sul punto, v. M. BARBERIS, *Pluralismo argomentativo. Sull'argomentazione dell'interpretazione*, in *Etica & Politica*, 2006, 15.

⁷⁷ Sicché risulta confermata l'impostazione di chi afferma che «per ogni problema interpretativo vi è sempre più di una soluzione, ossia almeno una coppia di argomenti che permette di giustificare interpretazioni diverse. E questo non è un fenomeno revocabile – ad esempio, riformando l'art. 12 delle Preleggi – bensì attinente alla struttura pro-



Da questo punto di vista parrebbe, quindi, doversi convenire con chi sostiene che, «dal punto di vista tecnico-giuridico, il danno da morte si trova invischiato in uno *stallo argomentativo* che si traduce in un dibattito sterile»⁷⁸, al limite utile soltanto a dare «la conferma, qualora ce ne fosse bisogno, del fatto che la struttura della responsabilità civile sia creta nelle mani dell'interprete, che la triangolazione tra artt. 2043, 2059 c.c. e Costituzione renda *possibile qualsiasi soluzione*»⁷⁹.

In realtà, affermazioni di questo tipo potrebbero sembrare assai difficilmente condivisibili nella prospettiva ermeneutica, a quanto consta fatta propria dall'assoluta maggioranza degli studiosi di diritto civile⁸⁰, secondo cui per ogni questione giuridica, anche la più intricata e dibattuta, sarebbe sempre possibile rinvenire nel sistema un'*unica* e determinata soluzione *corretta*, che come tale dovrebbe necessariamente essere privilegiata rispetto a tutte le altre possibili risposte che si potrebbe immaginare di dare al quesito di partenza⁸¹; né parrebbero facilmente conciliarsi con la meno "ottimistica", ma comunque diffusa impostazione per la quale «non può escludersi che non esista qualcosa del genere» e «in ogni caso [...], se vogliamo che il diritto e la pratica giuridica in cui siamo impegnati abbiano senso, dobbiamo scommettere sulla esistenza di una *right answer*»⁸², perché altrimenti perderebbe di significato la ricerca stessa della soluzione del problema.

fonda del ragionamento giuridico come ragionamento pratico» (M. BARBERIS, *Pluralismo argomentativo. Sull'argomentazione dell'interpretazione*, cit., 5).

⁷⁸ Sono parole di R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartleby*, cit., 905 (corsivo nostro), i quali aggiungono che, preso atto di quanto appena detto nel testo, è «più proficuo, con ogni probabilità, tagliar corto e trasferire il discorso sul piano delle scelte di politica del diritto: chiedersi, cioè, se abbia senso, o no, accordare risarcimento per il danno da morte».

⁷⁹ R. CASO, *Il bene della vita e la struttura della responsabilità civile*, cit., 770 (corsivo nostro). In *Le sezioni unite negano il danno da perdita della vita: giorni di un futuro passato*, cit., 2698, lo stesso A. efficacemente evidenzia che «il dibattito può essere ridotto all'eterno scontro tra conservazione e innovazione. Al di là delle schermaglie retoriche tra epicurei («la morte è nulla per i vivi come per i morti») e pulp-tarantiniani («uccidere è più conveniente che ferire»), si stagliano su un versante la visione conservatrice della responsabilità civile, preoccupata dalla crescita fuori controllo dei risarcimenti e dei relativi contraccolpi, nelle fattispecie maggiormente ricorrenti di uccisione, sulle compagnie assicurative; sull'altro quella progressista, che ritiene giusto e sostenibile un meccanismo risarcitorio che dia veste giuridica alla riparazione della perdita della vita».

⁸⁰ Come evidenziato da A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, 2013, 79, il quale ha osservato che «quel che per molti teorici generali è ormai ovvio, per molti giuristi positivi è ancora eretico. E il cuore dell'ortodossia è la cittadella del diritto civile, in cui miti e riti del positivismo giuridico sono tuttora ufficialmente celebrati. Vive tra i suoi abitanti il convincimento che la neutralità del giurista sia possibile, e la giurisprudenza sia una scienza; che il diritto sia dato, e il formalismo interpretativo praticabile; che ogni risposta sia nella legge, e per ogni domanda essa offra un'unica soluzione giusta». Tra i numerosissimi contributi sull'argomento v., da ultimo, N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1115 ss., il quale inizia le sue riflessioni rilevando che «la tradizione civilistica italiana è intrisa di positivismo».

⁸¹ Secondo l'impostazione che è stata in particolare sostenuta da R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, 1982, e ID., *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, 1989. Una recente rivalutazione di questa impostazione si deve a T. ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Ogni caso comporta un'unica soluzione corretta?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1351 ss., la quale peraltro ritiene non che nell'ordinamento vi sarebbe già una soluzione predeterminata per ogni situazione di conflitto che si possa presentare nella realtà, bensì che l'unica soluzione corretta derivi dalla funzione orientativa e determinativa del precedente giudiziale rispetto alle successive decisioni sul medesimo problema.

⁸² Sono parole di O. CHESSA, *Fatti sociali, verità morali e difficoltà contromaggioritarie. A proposito di alcune*



Di fronte a questioni particolarmente complesse e controverse quale senz'altro è quella esaminata nelle pagine precedenti, è tuttavia doveroso riconoscere che le cose non stanno esattamente come detto sopra e confrontarsi con alcune tematiche⁸³, invero poco familiari al civilista, alle quali gli studiosi di ermeneutica giuridica e di teoria generale del diritto da tempo invece dedicano grande attenzione⁸⁴.

Innanzitutto, va riconosciuta la fallacia della prospettiva ermeneutica che vorrebbe essere sempre rinvenibile nell'ordinamento una sola e determinata risposta corretta per ogni controversia giuridica⁸⁵. Oltre che irrealizzabile, un sistema giuridico talmente rigido e inflessibile sarebbe, del resto, assai poco desiderabile per gli stessi fruitori del diritto: innanzitutto per «i cittadini, che vorrebbero un diritto rigoroso solo a condizione che dia rigorosamente ragione a loro»; in secondo luogo per «i professionisti privati del diritto, per i quali un diritto rigoroso sarebbe una calamità professionale, volendo dire trasformare ogni avvocato in una sorte di impiegato del

tesi di Roberto Bin sulla discrezionalità giudiziale, in *Dir. e questioni pubbliche*, 2014, 428. Seppure assumendo una posizione più sfumata, in termini non dissimili sembra esprimersi pure G. TUZET, *Ragionamento giuridico, prove e regole*, in *Dir. e questioni pubbliche*, 2011, 1076: «non dico che sia facile e che ci sia *sempre* una risposta corretta alle questioni interpretative e applicative. Dico che mi sembra ingiustificato escluderlo *a priori* e dico che almeno in alcuni casi (facili) e che almeno per alcuni testi (chiari) è possibile sapere cosa il diritto richiede. Se qualcosa del genere non fosse possibile in almeno qualche misura, allora anche lo stato di diritto non lo sarebbe (sarebbe un'entità impossibile come il cerchio quadrato)» (corsivo dell'A.; sulla distinzione tra casi "facili" e casi "difficili", v. immediatamente *infra* nel testo). Per una diversa concezione v., invece, R. BIN, *A discrezione del giudice*, FrancoAngeli, 2013, 58 s.: «è quindi sostenibile che esista la *One Right Answer?* Probabilmente sì, ma essa non descrive ciò che è [...] ma piuttosto ciò che ogni giudice *deve* fare nella sua attività quotidiana. Il giudice ha l'obbligo di chiudere il suo giudizio dando una *risposta* alle parti; e la risposta può essere solo *una*, poiché il giudizio non può essere ambiguo, equivoco, perplesso – altrimenti sarebbe come rifiutare di decidere. Il giudice verrebbe meno al suo dovere *istituzionale* di giudicare se non si sforzasse di offrire una risposta precisa e convincente alla domanda [...], qualsiasi giudice è richiesto di dare l'*unica risposta giusta* alla domanda che gli viene posta dalle parti: *deve* essere data, *deve* essere univoca, *deve* essere ritenuta dal giudice quella *giusta*» (corsivi dell'A.).

⁸³ Non è, peraltro, affatto frequente che l'interprete del diritto positivo proceda nel senso sopra indicato: «di fatto il professore, l'avvocato, il giudice alla ricerca di un dato, e dubbioso sull'interpretazione da adottare, consulta tutto ciò che trova sul problema puntuale da risolvere, ma *non consulta mai la letteratura rivolta ai problemi dell'interpretazione* in generale. Il dialogo fra coloro che si pronunciano sul modo dell'interpretazione e sulle regole che devono governarla, e coloro che in concreto potrebbero o dovrebbero adeguarsi a quelle regole o ricorrere a quei mezzi è in larga misura un dialogo a distanza. Il cultore dei problemi dell'interpretazione parla come teorico generale del diritto. Il giurista interpretante lavora argomentando, ma non ha cura di accertare quale grado di compatibilità – o, reciprocamente, di incompatibilità – sussista fra le sue argomentazioni e la sua grammatica ermeneutica» (così R. SACCO, *L'interpretazione*, in *Le fonti del diritto italiano*, II, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Utet, 1999, 281 s.; corsivo dell'A.).

⁸⁴ Oltre alle opere citate nelle note successive, fin da ora v., anche per ulteriori riferimenti, A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit.; S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, 2002; M. MANGINI, *Il ragionamento giuridico tra formalismo e retorica*, Giappichelli, 2012; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., spec. 407 ss.; G. ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, in *Enc. dir., Annali*, V, Giuffrè, 2012, 694 ss.; V. VELLUZZI, *Sulla nozione di «interpretazione giuridica corretta» (e sui suoi rapporti con l'interpretazione estensiva)*, in *Cass. pen.*, 2004, 2588 ss.

⁸⁵ In questo senso v., tra gli altri, A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., 186; S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, cit., 301; M. TARUFFO, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 42; C. LUZZATTI, *Cercando di dimenticare Savigny*, in *Dir. e questioni pubbliche*, 2014, 331.



catasto»; ma anche per «i giudici, che apprezzano la propria “giusta” discrezionalità»; e, infine, pure per «il legislatore, per il quale un diritto piuttosto vago (talora molto vago) è un alleggerimento di responsabilità e un pericolo politico di meno per le fragili e contraddittorie maggioranze di coalizione»⁸⁶.

Al contrario, bisogna prendere coscienza del fatto che, accanto a casi “facili” che possono effettivamente essere risolti in modo lineare e in senso sufficientemente univoco⁸⁷, esistono pure casi “difficili”⁸⁸ per i quali risulta, invece, ben possibile elaborare due o anche più soluzioni (almeno in una qualche misura) “corrette”, vale a dire appropriate e suscettibili di essere (in qualche modo) sostenute da chi sia in grado di imbastire un (qualche tipo di) ragionamento giuridico⁸⁹: casi, questi ultimi, che pertanto costringono ad «imparare a convivere con una realtà composita rispetto alla quale è ben ammissibile che, sulla base di motivazioni plausibili, coesistono soluzioni non necessariamente uniformi»⁹⁰, tutte allo stesso modo giuridicamente fondate e quindi “corrette”, una delle quali potrà anche imporsi in maniera contingente di fronte ad una comunità più o meno vasta di interpreti, ma sicuramente non “una volta per tutte” e, soprattutto, senza che ciò escluda la “correttezza”, intesa come ammissibilità e giustificabilità sulla base di uno o più argomenti ermeneutici, delle altre risposte suscettibili di essere date al problema di volta in volta esaminato⁹¹.

⁸⁶ Le parole riportate nel testo sono di M. JORI, *A partire da un libro di Aurelio Gentili, osservazioni su interpretazione, metagiurisprudenza, argomentazione come discorso e su quello che fanno o dovrebbero fare i giuristi*, in *Dir. e questioni pubbliche*, 2014, 288.

⁸⁷ Il che non significa che in questi casi non sia, comunque, necessario lo svolgimento di attività ermeneutica, perché, da un lato, «nessuna controversia o fattispecie può dirsi facile prima dell’interpretazione», e, dall’altro, «si può dire che la qualificazione di una fattispecie (la sua sussunzione sotto una norma determinata) o la soluzione di una lite sia pacifica solo ad interpretazione ormai avvenuta» (così R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 427, nota 62).

⁸⁸ Si osservi che la “difficoltà” della questione giuridica sottoposta all’interprete può derivare tanto dall’ambiguità del testo normativo cui deve essere data applicazione quanto dalla infinità varietà delle controversie e delle fattispecie concrete, la quale può rendere problematica l’applicazione anche di disposizioni normative (almeno apparentemente) chiare e univoche (cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 415 ss., nonché E. DICIOTTI, *La metateoria e la teoria dell’interpretazione di Vittorio Villa*, in *Dir. e questioni pubbliche*, 2013, 21 ss., spec. 50, nota 45): e pertanto, «può trattarsi di affrontare casi nuovi, per i quali non ci sono ancora regole legislative a cui fare riferimento, ma bisogna ragionare partendo da un insieme di principi incoerenti o addirittura confliggenti [...]; oppure può essere che ci si trovi di fronte a casi “paradossali”, situazioni che fanno eccezione al normale corso degli eventi, quell’*id quod plerumque accidit* che costituisce l’“ortodossia” a cui fa riferimento la legge. Può anche semplicemente trattarsi di situazioni non previste dalla legge, ma così simili a quelle contemplate in essa da giustificare il dubbio che averle escluse dalla disciplina legislativa provochi una discriminazione intollerabile» (così R. BIN, *A discrezione del giudice*, cit., 22).

⁸⁹ Come per esempio ritiene, tra gli altri, M. CARTABIA, *Diritti, giudizi e conflitti*, in *Ars Interpretandi*, 2015, 34, secondo cui «il giudice [...] posto di fronte a un caso o una controversia, raramente si trova di fronte ad una netta alternativa tra un’unica soluzione giusta e un’unica risposta sbagliata [...] Piuttosto, egli ha di fronte a sé un’ampia gamma di possibili esiti, più o meno convincenti, più o meno appropriati, più o meno aderenti ai principi giuridici che è chiamato a tutelare. Raramente il paradigma del giudicare è binario – giusto e sbagliato; più spesso esso è gradato – buono, migliore, ottimo, cattivo, peggiore, pessimo» (corsivi dell’A.).

⁹⁰ N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., 1140, nota 88, ove ulteriori citazioni di dottrina in tal senso.

⁹¹ V. VELLUZZI, *Sulla nozione di «interpretazione giuridica corretta»*, cit., 2594 s.; R. SACCO, *L’interpretazione*, cit., 281.



Tutto questo, comunque, non significa che – come qualcuno ha, peraltro, tentato di sostenere – non sia possibile distinguere tra argomentazioni, e conseguenti risposte, più o meno “buone” e argomentazioni, e conseguenti risposte, più o meno “cattive”; né implica doversi riconoscere l’esistenza di veri e propri «casi insolubili»⁹², nei quali l’opzione per l’una o per l’altra delle differenti soluzioni astrattamente suscettibili di essere date alla questione di volta in volta esaminata non sarebbe nemmeno passibile di essere sindacata e contestata da chi ritenesse di non condividerla⁹³.

L’adozione di una prospettiva siffatta non sarebbe assolutamente auspicabile, in quanto rendersi a quello che è stato assai efficacemente definito un atteggiamento di «libertinaggio argomentativo»⁹⁴ e rinunciare al controllo dei percorsi argomentativi, così come delle soluzioni alle quali essi conducono, sarebbe per il giurista positivo una vera e propria fuga dalle proprie *responsabilità*: al contrario, l’elaborazione delle diverse soluzioni che possono essere date ad una determinata controversia giuridica, così come la *scelta* fra le stesse⁹⁵, dev’essere vincolata dalla necessità di essere argomentata in modo oggettivamente coerente, razionale e rigoroso, sicché tale operazione risulterà in qualche modo sempre discrezionale, ma potrà pure essere debitamente censurata e contestata quando arbitraria⁹⁶.

⁹² Così si esprime P. RICOEUR, *Interpretazione e/o argomentazione*, in *Ars Interpretandi*, 1996, 92, ove riferimenti ad ulteriori voci dottrinali in tal senso.

⁹³ Per completezza va ricordato che, secondo talune ulteriori correnti di pensiero, non sarebbe nemmeno dato distinguere tra casi “facili” e casi “difficili”, perché ogni controversia giuridica sarebbe in realtà suscettibile di ricevere una pluralità di diverse soluzioni, la scelta fra le quali sarebbe, per alcuni, comunque limitata dalla necessità di essere adeguatamente giustificata e argomentata, per altri, invece, sostanzialmente rimessa all’incontrollabile arbitrio dell’interprete. Nell’ambito del presente lavoro non sembra però necessario prendere specificatamente in esame queste impostazioni, che a causa del loro evidente estremismo sono, del resto, generalmente considerate poco plausibili e occupano sempre meno spazio nell’attuale dibattito in tema di interpretazione giuridica e di teoria dell’argomentazione.

⁹⁴ L’espressione è di A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., 86, 469, ed è stata successivamente ripresa da C. LUZZATTI, *Cercando di dimenticare Savigny*, cit., 328 ss.

⁹⁵ In argomento v. pure C.M. BIANCA, *Interpretazione e fedeltà alla norma*, in *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, Vol. I, Tomo I, Giuffrè, 2002, 135, il quale evidenzia come l’interprete si trovi di fronte alla «responsabilità di una scelta che viene solitamente presentata come il risultato di una rigorosa tecnica interpretativa ma che è in sostanza un giudizio discrezionale sul quale incidono come fattori concorrenti di convincimento, più che come criteri di soluzione, l’attenzione alla lettera della legge, il raffronto con altre norme, la considerazione degli interessi confliggenti, il riferimento al contesto sociale del momento, ed altri».

⁹⁶ In questo senso v., tra gli altri, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 333; S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, cit., 286 ss.; P. CHIASSONI, *Diritto, argomentazione, decisione giusta: in margine alla civilistica analitica di Aurelio Gentili*, in *Dir. e questioni pubbliche*, 2014, 222 ss.; U. VINCENTI, *Argomenti e decisioni argomentate correttamente*, in *Retorica, processo, verità*, a cura di F. Cavalla, Padova, 2005, 101 ss.; V. SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica “veritativa” orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1249 ss.; G. TUZET, *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Carocci, 2010, in cui l’A. cerca «di mostrare sotto diversi profili l’incertezza del ragionamento giuridico ma anche la sua capacità di essere formulato e condotto in base a ragioni; queste possono essere più o meno buone sotto il profilo sostanziale, più o meno valide sotto il profilo formale, più o meno convincenti sotto il profilo retorico: quello che importa è che fanno differire il ragionamento giuridico da un esercizio di mera discrezionalità o di arbitrio potestativo» (sono parole dello stesso G. TUZET, *Ragionamento giuridico, prove e regole*, cit., 1065); V. VELLUZZI, *Sulla nozione di «interpretazione giuridica corretta»*, cit., spec. 2593 ss., il quale rileva che, in questa prospettiva, «tutti i casi sono per qualche verso difficili, poiché comportano una scelta



Rammentando che «se l'argomentazione viene sganciata da condizioni limitative essa cessa di essere razionale ed anche giuridica»⁹⁷, per rimanere fedele al proprio ruolo lo studioso del diritto (non solo civile, evidentemente) deve pertanto sforzarsi di elaborare gli strumenti teorici necessari a delimitare entro confini accettabili la discrezionalità e la creatività che sono ineludibilmente connesse con le attività di interpretazione e di applicazione degli enunciati normativi, facendo altresì attenzione a curare non soltanto l'aspetto strettamente metodologico di tali attività, ma pure, com'è stato autorevolmente suggerito, la conformità dei risultati delle stesse a valori di etica e verità: la prima intesa come «*etica sociale*, quale insieme di valori (etico-sociali appunto) e relativi modelli di azione praticati dai consociati (c.d. *normatività etica*), valori e modelli dei quali l'ermeneutica non può non tenere conto, stante l'incontestabile fondamento etico del diritto»; la seconda concepita come «giustizia, consistente nella ricerca da parte dell'interprete della regola di azione più *conveniente* e *adatta*, più *appropriata* e *congrua*, a soddisfare le esigenze pratiche che sono alla base del concreto e storico fatto della vita, da cui il procedimento ermeneutico ha preso le mosse»⁹⁸.

Tornando, in conclusione, alla questione del danno tanatologico, sulla scorta delle riflessioni appena svolte sembra, allora, tutt'altro che inappropriato riconoscere che la stessa costituisce, allo stato attuale del nostro ordinamento giuridico, un problema astrattamente suscettibile di essere “correttamente” risolto tanto in senso positivo quanto in senso negativo. Certamente non può essere sconosciuto che, come si è rilevato ancora nella parte iniziale di questo contributo, quantomeno in giurisprudenza la soluzione negativa sia sempre stata nettamente prevalente e sia destinata a rimanere – almeno per un certo periodo – tale in virtù del recente pronunciamento conforme delle Sezioni Unite della Cassazione; ma questo non significa certo che il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla materia debba considerarsi definitivamente esaurito⁹⁹ né che la contraria soluzione positiva non possa essere considerata ugualmente “corretta” (nel senso che si è tentato di chiarire in questo paragrafo), soprattutto quando si considera che la stessa, approntando una reazione civilistica alla soppressione della vita umana, il *valore* riconosciuto come supremo dall'ordinamento giuridico e dalla collettività, sembra rispondere meglio della tesi negativa (quantomeno) a quell'esigenza di conformità all'etica sociale del risultato interpretativo¹⁰⁰ che è stata messa in luce poche righe addietro.

discrezionale dell'interprete, ma al contempo tutti i casi sono per qualche verso facili, poiché si tratta pur sempre di una scelta compiuta tra più soluzioni delimitate».

⁹⁷ Sono parole di A. GAMBARO, *Riflessione breve sulla argomentazione giurisprudenziale*, in *Giur. comm.*, 2005, II, 770.

⁹⁸ V. SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica “veritativa” orientata a giustizia*, cit., spec. 1264 ss. (corsiivi dell'A.).

⁹⁹ In particolare sulla non definitività dell'intervento delle Sezioni Unite, v. quanto già rilevato *supra*, in nota 6.

¹⁰⁰ La necessità che il risultato del lavoro dell'interprete sia sempre coerente con il sistema dei valori fondamentali riconosciuti dall'ordinamento e con le scelte di fondo della società civile è sottolineata con forza anche da C.M. BIANCA, *Diritto civile. I. La norma giuridica – I soggetti*, 2ª ed., Giuffrè, 2002, 97 ss.



LEONARDO LENTI

Professore ordinario di diritto privato – Università di Torino

LA NUOVA DISCIPLINA DELLA CONVIVENZA DI FATTO: OSSERVAZIONI A PRIMA LETTURA

SOMMARIO: 1. La discussione sulla nuova legge. – 2. Qualche osservazione preliminare. – 3. Che cosa si intende per convivenza. – 3.1. I «legami affettivi di coppia». – 3.2. La stabilità. – 3.3. I legami di «reciproca assistenza morale e materiale». – 3.4. L'assenza di vincoli familiari (matrimonio, unione civile, parentela, affinità, adozione). – 4. L'assistenza reciproca non patrimoniale. – 4.1. Le leggi penali in senso lato. – 4.2 I ricoveri ospedalieri. – 4.3. La designazione del rappresentante in materia sanitaria. – 4.4. L'amministrazione di sostegno e l'interdizione. – 5. I diritti di contenuto patrimoniale. – 5.1. I diritti sulla casa familiare in seguito alla morte del convivente. – 5.2. La convivenza ai fini dell'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica. – 5.3. La partecipazione all'impresa familiare. – 5.4. Il diritto al risarcimento del danno. – 5.5. Il diritto agli alimenti.

1. – La nuova disciplina delle conseguenze di diritto derivanti dal mero fatto della convivenza e dei contratti volti a regolarla ha avuto una gestazione molto tormentata e non ancora definitivamente compiuta. La ragione fondamentale credo stia nella scelta, fatta dai politici, di farla confluire in un unico progetto di legge insieme con la disciplina dell'unione civile per le persone dello stesso sesso. A fondamento di questa scelta mi sembra resti pur sempre l'idea che la famiglia era, è e sempre sarà quella fondata sul matrimonio di due persone di sesso diverso, in qualche modo finalizzata alla procreazione, e che i cosiddetti nuovi modelli di famiglia – come la coppia omosessuale o la convivenza libera – siano soltanto una versione minore, impoverita, desacralizzata di questo archetipo¹.

Tale scelta mi sembra sia stata poco opportuna. Tralasciando ogni considerazione di tipo tattico, strettamente legata alla peculiare configurazione dell'attuale sistema politico, il motivo di fondo è il seguente: la richiesta sociale di disciplinare per legge le unioni omosessuali ha un fondamento del tutto diverso, se non addirittura opposto, rispetto alla richiesta sociale di disciplinare con una legge organica le conseguenze derivanti dal mero fatto della convivenza.

La prima reclama, in nome del principio di eguaglianza, che cada ogni distinzione fondata sull'orientamento sessuale, e che sia quindi introdotta anche per le coppie formate da persone dello stesso sesso una disciplina legale della vita di coppia, che preveda diritti e obblighi, a somiglianza di quelli stabiliti per il matrimonio. Chiede dunque per queste coppie un *più* di regolazione rispetto al passato.

La seconda richiesta sociale esprime invece il progressivo allontanamento dal matrimonio, la sempre minore accettazione delle regole etiche e comportamentali che per tradizione lo caratte-

¹ È un'idea neppur troppo mascherata, soprattutto nell'ultima versione del disegno di legge, quella poi approvata dal senato.

JUS CIVILE



rizzano, cui consegue la crescente diffusione delle convivenze libere. Chiede dunque per queste coppie un *meno* di regolazione rispetto al matrimonio, ma non la totale mancanza di regolazione tipica dell'epoca napoleonica²: chiede in particolare una disciplina minima e al tempo stesso razionalmente costruita, capace di regolare in modo quanto più completo possibile soprattutto i rapporti fra la coppia e i terzi.

L'unificazione in un unico progetto di legge ha fatto sì che le nuove norme sulla convivenza di fatto siano rimaste completamente oscurate da quelle sull'unione civile: l'indubbia grande importanza di queste ultime sul piano dei principi ha ingiustamente trasformato quelle sulla convivenza in una sorta di appendice secondaria. Nel mondo politico, nei mezzi d'informazione di massa e per conseguenza nella stessa società civile il dibattito in materia si è centrato pressoché soltanto sull'unione civile per le coppie di persone dello stesso sesso e in particolare sulla questione dell'adozione dei figli del compagno/a.

Iniziata su toni di ragionevolezza e di rispetto reciproco, la discussione – anche sotto l'urgenza di intervenire in seguito alla sentenza della CEDU *Oliari e al. c. Italia*, 2015 – è chiosamente degenerata in un conflitto puramente ideologico, come di solito succede in Italia quando si discute di famiglia e di bioetica. Così si è persa di vista la realtà sociale dei fenomeni che la nuova legge intendeva regolare e la loro frequenza, come pure si è manifestato di ignorare le evoluzioni recenti del diritto giurisprudenziale in materia di adozione in casi particolari. Spesso si è addirittura equivocato su quali fossero i termini effettivi delle questioni in discussione, oscillando confusamente nel dibattito politico e mediatico fra l'adozione di cui all'art. 44 legge n. 184 e l'adozione piena, fra l'adozione e la procreazione assistita con maternità di sostituzione, fra l'accesso a quest'ultima (all'estero) da parte delle coppie omosessuali maschili e l'accesso alla stessa da parte delle coppie eterosessuali (caso infinitamente più frequente del precedente).

L'attenzione prestata alla disciplina delle conseguenze del mero fatto della convivenza, contenuta nella seconda parte della legge, è stata dunque molto scarsa. Eppure si tratta di un argomento di grande importanza: è facile prevedere, infatti, che tali norme sono destinate a essere applicate nella pratica quotidiana con molta frequenza, certo maggiore rispetto a quelle sull'unione civile.

2. – Il testo normativo approvato in prima lettura dal senato nel febbraio scorso è composto da un solo articolo diviso in un'infinità di commi (ben 69), secondo la tecnica comunemente usata per la legge cosiddetta di stabilità: è il risultato, un po' ridicolo, del concorso tra la contingenza politica del momento e le norme del regolamento parlamentare. Questo risultato era forse politicamente inevitabile, perché ha permesso di saltare la discussione delle molte migliaia di

²È celebre la frase attribuita a Napoleone nei lavori preparatori del *Code civil*: «les concubins se passe de la loi, la loi se désintéresse d'eux».



emendamenti presentati a fini solo ostruzionistici, per lo più mal scritti e nella loro gran maggioranza irragionevoli o addirittura privi di qualunque senso³.

Le nuove norme sulla convivenza di fatto e sui contratti di convivenza sono deludenti: non rispondono all'esigenza di disciplinare in modo organico e completo la situazione giuridica delle coppie conviventi non sposate, né per quanto riguarda i rapporti della coppia con i terzi, né per quanto riguarda i rapporti interni fra i componenti della coppia, sia durante la convivenza sia dopo la sua fine⁴. Insomma, lasciano purtroppo invariata l'immagine che la disciplina legislativa in materia offriva in precedenza: un coacervo di norme incoerenti, ove regnano sovrane la casualità e la singola urgenza del momento, senza che traspaia alcuna linea di politica del diritto di sufficiente chiarezza e coerenza.

Le nuove norme introducono qua e là spezzoni di disciplina – di qualità tecnica spesso inadeguata – i quali integrano i numerosi spezzoni di disciplina legislativa e giurisprudenziale già presenti nell'ordinamento, senza preoccuparsi di coordinare le nuove disposizioni con le regole già operanti.

Anzi: l'integrazione delle nuove regole con le vecchie genera ulteriori complicazioni, molte delle quali dovute a una peculiarità che anticipo qui e che emergerà più volte in seguito. Le regole preesistenti sulle convivenze, sia di fonte legislativa sia di fonte giurisprudenziale, riconnettono conseguenze giuridiche al mero fatto materiale del vivere insieme, limitandone a volte l'operatività in base a dati anch'essi *fattuali*, come per esempio la durata; ma mai in base a dati *giuridici*, come per esempio lo stato civile dei conviventi.

La nuova legge si discosta vistosamente da ciò: limita le conseguenze giuridiche del fatto materiale della convivenza in base al dato, non fattuale ma giuridico, dello stato civile dei conviventi, se legati o meno da un matrimonio non sciolto né annullato. La scelta del legislatore mi sembra manifesti implicitamente la sua perseveranza nell'idea che convivenze di tal genere sarebbero contro la legge e quindi indegne di essere tutelate⁵.

³ La loro pubblicazione non credo gioverebbe alla stima di cui il nostro ceto politico-parlamentare oggi gode, ma sarebbe interessante per studiarne i connotati socio-culturali e psicologici. Tralasciando i molti privi di ogni senso, riporto un emendamento di esemplare irragionevolezza, con il quale il sen. Giovanardi proponeva di sostituire l'attuale comma 2 con il seguente: «*Due persone omosessuali (purché non sposati ovvero accompagnanti, nemmeno all'estero o per altro ordinamento riconosciuto dall'ONU) costituiscono un concubinato quando dichiarano di voler fondare tale unione di fronte al medico di famiglia, ovvero a mezzo posta elettronica (eventualmente certificata) inviata per conoscenza all'ufficiale di stato civile della residenza di entrambi i concubini*».

⁴ Restano privi di una nuova regolazione di fonte legislativa, tra l'altro, i rapporti patrimoniali all'interno della coppia nel caso non sia stato stipulato un contratto per regolarli. È certamente giusto evitare indicazioni *prescrittive* di obblighi reciproci tra i conviventi; tuttavia sarebbe stato opportuno regolare in modo quanto più attento possibile la sorte dei conferimenti di ciascuno all'amministrazione domestica e più in generale alla vita comune, sia con beni sia con attività personali, fatti in adempimento del dovere – pur solo etico e non giuridico – di reciproca assistenza morale e materiale, naturalmente connesso con la convivenza. Nella giurisprudenza, infatti, non è ben certa e precisa la linea di confine tra i casi in cui le restituzioni e i rimborsi sono dovuti, in base al principio dell'ingiustificato arricchimento, e quelli in cui non lo sono, in base al principio dell'obbligazione naturale.

⁵ Ritorno più ampiamente sul punto soprattutto nel § 3.4.



Il quadro complessivo della regolazione delle convivenze che si disegna oggi, dunque, è ancora più incoerente di prima sul piano sistematico e porta addirittura con sé la conseguenza che molti casi di convivenza cui si applicano le vecchie norme sparse potrebbero sembrare invece esclusi dall'applicazione delle nuove norme, non meno sparse. Si tratta di un esito che non solo rende l'applicazione della disciplina più incerta e complessa di prima, ma che è pure evidentemente paradossale, visti i proclami gridati a gran voce sulle finalità di questa parte della legge.

I paragrafi seguenti propongono al lettore una serie osservazioni critiche a prima lettura – quindi inevitabilmente superficiali e provvisorie – soltanto sulle nuove norme che regolano le conseguenze di diritto derivati dal mero fatto della convivenza (commi 36-49 e comma 65).

3. – Il comma 36 definisce che cosa si intende per *convivenza di fatto*, alla quale si applicano le norme dei commi 37-65⁶: deve trattarsi di

- «due persone maggiorenni» (i minorenni ne sono quindi esclusi, senza eccezione),
- «unite stabilmente da legami affettivi di coppia»
- «e di reciproca assistenza morale e materiale»,
- «non vincolate da rapporti» giuridici familiari: matrimonio, unione civile, parentela, affinità, adozione (assenza di “impedimenti”).

3.1. – La norma non dice apertamente che le convivenze che intende regolare sono solo quelle i cui componenti hanno una relazione reciproca aperta anche alla sessualità. Pressoché mai il nostro diritto menziona espressamente la sessualità, tranne quando si tratta di stabilire divieti: a quanto pare fa parte delle cose che “non sta bene” dire esplicitamente. Che si riferisca però solo alle convivenze aventi questa caratteristica è indicato in modo inequivocabile, benché implicito, da due elementi: la previsione degli impedimenti derivanti da rapporti giuridici familiari, che riconferma il principio del divieto di incesto; la precisazione che si deve trattare di «due» persone, anzi di una «coppia», che riconferma il principio monogamico. Sono due principi di fondo comuni a tutti gli ordinamenti giuridici di matrice culturale europea.

La nuova legge esclude dunque che le sue norme si applichino a convivenze di tipo diverso, in cui le relazioni reciproche tra i componenti – che potrebbero essere anche più di due – non comprendono l'apertura alla sessualità: per esempio la convivenza tra due o più anziane sorelle o amiche, rimaste sole, senza altri familiari stretti con cui condividere l'abitazione e la vita quotidiana. Queste persone hanno certamente legami affettivi fra loro, ma non «di coppia», vale a dire aperti alla sessualità, e ovviamente si prestano reciproca assistenza morale e materiale; anzi, di solito è proprio questa la ragione principale per la quale convivono.

⁶ Il comma 36 menziona erroneamente anche i commi 66 e 67: questi infatti riguardano la previsione di spesa pubblica derivante dall'attuazione della legge stessa, spesa che riguarda la sola unione civile ed è dovuta soprattutto all'estensione delle regole previdenziali previste per il matrimonio.



L'esclusione di queste convivenze – che invece alcuni paesi europei hanno disciplinato per legge, come per esempio il Belgio – non impedisce ovviamente che possano essere regolate mediante un contratto: ma si tratta di un contratto *atipico* e non del contratto di convivenza di cui al comma 50 ss., il cui impiego è espressamente limitato solo alle convivenze che rientrano nella definizione del comma 36.

3.2. – La nuova legge non contiene un'indicazione temporale precisa, che ci dica dopo quanto tempo una convivenza possa essere qualificata come stabile, sicché a un primo sguardo sembrerebbe di dover fare riferimento alle indicazioni generali contenute nell'ordinamento su che cosa si intenda per convivenza, appunto, *stabile*. Su questa via non si trova però alcuna indicazione interpretativa sicura⁷, in quanto le regole in tema non sono affatto unitarie, ma si sfrangono in una pluralità di diverse regole, alcune legislative altre giurisprudenziali. Fra queste non si riesce a reperire alcun filo conduttore logico, che ne spieghi ragionevolmente le differenze: in materia sembra proprio che la casualità regni sovrana.

Il comma 37 contiene però implicitamente una norma della massima importanza sul punto, ricavabile da un testo che però è connotato da un poco perspicuo “burocratese”. Vi si legge infatti che «per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica» di cui all'art. 13, comma 1, lett. *b*, d.p.r. n. 223/1989 sull'anagrafe. Questa indicazione, pur riferendosi esplicitamente solo all'accertamento, fa presumere che la convivenza abbia inizio con la dichiarazione all'ufficiale dell'anagrafe, visto che è da quel momento che può dirsi *accertata*: la sua “stabilità” consiste pertanto nell'avvenuta dichiarazione di costituire la famiglia anagrafica di cui all'art. 4 del d.p.r. stesso. Ne consegue che la convivenza è “stabile”, pur se iniziata da un solo giorno, purché risulti nel certificato di stato di famiglia.

È bene sottolineare che questo è uno dei punti caratterizzanti fondamentali della nuova legge sulle convivenze: al fine di applicare le conseguenze stabilite dai commi successivi della legge stessa, *la situazione fattuale di convivenza è presa in considerazione solo se è accompagnata dalla dichiarazione di convivenza come famiglia anagrafica* (art. 4 d.p.r. n. 223).

3.3. – Il requisito dei legami di «reciproca assistenza morale e materiale» si aggiunge a quello dei vincoli affettivi e sembra quindi differenziare il contenuto del comma 36 dal contenuto dell'art. 4 d.p.r. n. 223, il quale invece non lo prevede. Non credo però si tratti di una differenza effettiva, che ponga un requisito davvero ulteriore rispetto a quelli dell'art. 4 cit. Non so infatti immaginare un legame *affettivo* che sia degno di tal nome, se non contiene anche una disponibilità all'assistenza morale e materiale reciproca e una prassi corrispondente. Insomma: dove c'è un legame affettivo – penso – c'è ovviamente anche la disponibilità suddetta.

⁷ Come invece ha curiosamente ritenuto possibile fare la corte suprema a sezioni unite con la sentenza n. 16379/2014 in tema di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità, *creando* – novello legislatore! – una norma: è reputata stabile una convivenza durata almeno 3 anni.



L'indicazione di questo requisito intende fare un palese riferimento al sistema dei doveri nascenti dal matrimonio, ove i coniugi sono *obbligati*, tra l'altro, proprio all'assistenza morale e materiale reciproca. Tuttavia qui assume un valore ben diverso, com'è ovvio: *non prescrive delle condotte*, ma si limita a *descrivere una situazione di fatto*.

Tenendo sempre presente la finalità solo *descrittiva*, va comunque sottolineato che non sono menzionate la contribuzione, la fedeltà e la collaborazione nell'interesse della famiglia. La mancata menzione di quest'ultima, che nei fatti non si lascia ben distinguere dall'assistenza morale e materiale, si spiega forse con una sorta di retro-pensiero certamente presente in una parte dei parlamentari che hanno approvato questa legge: senza matrimonio, quindi senza doveri personali stabiliti dalla legge, non c'è famiglia. Affermazione, questa, che per motivi strettamente ideologici vuole ignorare che la giurisprudenza, a partire da quella – fondamentale – della CEDU, è costante e inequivocabile nel giudicare che si ha *famiglia* ovunque vi siano relazioni interpersonali caratterizzate da quell'intimità che secondo il comune sentire è detta appunto *familiare*, indipendentemente dall'esistenza o meno di vincoli giuridici.

3.4. – La norma è palesemente ricalcata, almeno nell'intenzione, sulle norme del codice civile che stabiliscono gli impedimenti al matrimonio.

La prima osservazione, la più importante, riguarda l'impedimento di matrimonio: questo è preso in considerazione solo come vincolo formale, che permane quindi fino al suo scioglimento. Come già premesso sopra (§ 2), la previsione secca dell'impedimento di matrimonio, senza eccezioni, comporta che le convivenze nelle quali almeno una delle parti sia separata, tanto di fatto quanto legalmente, *siano escluse* dall'applicazione delle norme che seguono, anche se risultano all'anagrafe come *famiglie* (art. 4 d.p.r. n. 223): la separazione infatti non scioglie il matrimonio. Altrettanto si dica per l'impedimento di unione civile, ma qui con riguardo solo alla separazione di fatto, non essendo prevista per questa la separazione legale (commi 23 e 24).

Il legislatore conferma a questo modo la tradizionale assimilazione dei coniugi legalmente separati ai coniugi conviventi invece che a quelli divorziati: tale assimilazione, benché priva di un riscontro effettivo secondo il modo di sentire più comune della società d'oggi, compare ancora qua e là nel nostro diritto, in particolare in campo successorio. Tuttavia è in contrasto logico con molte altre norme di legge: tanto con gran parte della legislazione sull'assistenza sociale quanto con varie altre norme sparse⁸. Non solo, ma è anche in conflitto frontale con alcune importanti regole giurisprudenziali, fra le quali due soprattutto meritano di essere ricordate: quella, consolidata da lungo tempo⁹, che esclude l'addebito per le violazioni dei doveri matrimoniali successive al momento in cui la convivenza è divenuta intollerabile, poiché i doveri personali nascenti dal matrimonio si estinguono con la separazione; e quella, recente ma ormai ben conso-

⁸ Per esempio, restando nel campo del diritto civile, in tema di amministrazione di sostegno e di opposizione al prelievo di organi a scopo di trapianto: ritornerò su queste regole in seguito.

⁹ A partire da Cass. n. 10512/1994, in *DeJure*, poi costantemente seguita dalla giurisprudenza successiva.



lidata¹⁰, secondo la quale il coniuge perde il diritto all'assegno se inizia una nuova convivenza stabile, poiché questa manifesta per un verso che si è costituito un nuovo nucleo meritevole della qualifica di *familiare* e della correlativa tutela, per un altro verso che il nucleo familiare precedente è definitivamente morto.

In ogni caso questa previsione, come già sottolineato, si cala su una serie di disposizioni legislative e di regole giurisprudenziali che attribuiscono alla convivenza determinate conseguenze, indipendentemente dal fatto che uno dei conviventi abbia o no lo stato libero.

Di qui un problema interpretativo generale della massima importanza, cui ho fatto cenno sopra, nel § 2. Dal fatto che la nuova legge esclude le conseguenze di diritto della convivenza qualora manchi lo stato libero deriva che questa, pur dichiarando ad alta voce l'intento di accrescere la protezione giuridica dei conviventi, porterebbe invece all'esito opposto nei molti casi di regolazione già esistenti. Una simile conseguenza sarebbe talmente contraria ai dichiarati intenti di questa legge da indurmi a un'opzione interpretativa che escluda l'applicabilità delle restrizioni che ne deriverebbero.

Pertanto il coordinamento delle vecchie disposizioni legislative e delle vecchie regole giurisprudenziali con le nuove norme mi sembra debba essere configurato nel modo seguente: i *nuovi* diritti attribuiti dalla legge in esame riguardano solo le convivenze i cui componenti sono in stato libero; gli altri diritti, già esistenti in precedenza, restano attribuiti a tutte le convivenze, indipendentemente dallo stato libero dei loro componenti. Pertanto il fatto che questi diritti siano menzionati e quindi confermati nella nuova legge resta sostanzialmente irrilevante.

Le nuove norme dunque, invece di diminuire la complessità e l'incoerenza della disciplina, ottengono l'effetto di aumentarla.

La seconda osservazione, minore, riguarda gli impedimenti derivanti da rapporti di parentela e affinità: è estremamente generica, non essendovi precisato se vi siano limiti di grado, come invece prevede l'art. 87 c.c. Se si applicasse la norma alla lettera, gli impedimenti riguardanti la convivenza risulterebbero più ampi di quelli riguardanti il matrimonio.

Dal momento che ciò è ovviamente assurdo, occorre non badare troppo al tenore letterale della norma, che manifesta l'evidente disattenzione e superficialità di chi l'ha scritta, e invece interpretarla in modo ragionevole, vale a dire estendendo anche ai conviventi di fatto gli stessi limiti di grado previsti per gli impedimenti al matrimonio.

4. – 4.1. – Il comma 38 estende ai conviventi le regole dell'ordinamento penitenziario riguardanti i rapporti dei carcerati con i loro coniugi. Lo fa in modo opportunamente generale, senza prodursi in elencazioni specifiche, nelle quali è molto probabile incorrere in qualche dimenticanza.

¹⁰ A partire da Cass. n. 17195/2011, in *DeJure*, costantemente seguita dalla giurisprudenza successiva tanto per l'assegno di separazione quanto per quello di divorzio.



La nuova legge non modifica la norma generale che elenca i «prossimi congiunti» «agli effetti della legge penale» (art. 307, comma 4, c.p.), la quale non comprende il convivente, né estende al rapporto di convivenza alcune norme penali per le quali rileva il rapporto di coniugio¹¹, né ricapitola i casi in cui già oggi le disposizioni penalistiche riguardanti il coniuge sono estese anche al convivente¹².

Nulla dice la nuova legge con riguardo alle regole di diritto processuale penale, ove però la posizione del convivente era già stata oggetto di specifiche norme, alcune delle quali recenti¹³.

4.2. – Il comma 39 riguarda i ricoveri ospedalieri. È scritto in modo approssimativo, senza adeguata attenzione al preciso significato giuridico delle regole che stabilisce e alle loro implicazioni. Contiene due aspetti ben diversi.

Il primo riguarda *le visite al familiare ricoverato*: impone a tutte le strutture sanitarie di assimilare il convivente al coniuge, garantendogli cioè i medesimi diritti di visitare il paziente attribuiti dai loro regolamenti interni al coniuge e ai familiari¹⁴. La norma ha una portata pratica modesta: può essere effettivamente innovativa soltanto nel caso, non frequente, di ospedali che permettano ai soli congiunti legati con il ricoverato da un rapporto *giuridico* familiare l'accesso a quei reparti in cui motivi sanitari impongono di limitare quanto più possibile i visitatori esterni, quali per esempio i reparti di rianimazione. Al di fuori di questi, è risaputo che tutte le strutture sanitarie regolano solo gli orari di visita e il numero dei visitatori, senza occuparsi del loro stato civile.

Il secondo riguarda *l'accesso alle informazioni sanitarie personali sul malato*. La menzione normativa è posta in parallelo a quella sulle visite e sembrerebbe presupporre, stando al suo tenore letterale, che anche l'accesso alle informazioni sia disciplinato dai regolamenti interni delle strutture. Ciò sarebbe in aperto, evidente conflitto con il diritto vigente, in particolare con le regole sul trattamento dei dati sanitari dettate dal codice per la protezione dei dati personali. Onde

¹¹ Per esempio in tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.), di non punibilità o di punibilità solo a querela dell'offeso per i reati contro il patrimonio (art. 649 c.p.), di aggravante nei reati di abbandono di persona incapace (art. 591 comma 4), di lesione personale e di omicidio (artt. 577 e 585 c.p.), di maggiorazione della pena edittale nel reato di sequestro di persona (art. 605 c.p.).

¹² Per esempio in tema di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), di aggravante in vari reati di carattere sessuale coinvolgenti minori (artt. 600-bis, 600-ter, 609-quater c.p.) o di sfruttamento di persone in stato di soggezione (artt. 600, 601 e 602 c.p.).

¹³ Per esempio in tema di astensione dalla testimonianza (art. 199 comma 3 lett. a c.p.p.), di diritti dei familiari della persona offesa dal reato deceduta in conseguenza dello stesso (art. 90 comma 3 c.p.p., modificato dal d.lgs. n. 212/2015 proprio per aggiungere la menzione del convivente), di incompatibilità di sede dei magistrati (art. 18 e 19 r.d. n. 12/1941 sull'ordinamento giudiziario, modificati dal d.lgs. n. 109/2006, applicabili anche alla giurisdizione civile).

¹⁴ È appena il caso di notare che in questo comma il termine «familiari» si riferisce solo a quelli legati fra loro da rapporti giuridici rilevanti sul piano dello stato civile, quindi non comprende il convivente. Il legislatore mostra così di ignorare il significato consueto, assai generico, del termine *familiare*: si riferisce a tutte le persone reciprocamente legate da una relazione, anche solo di fatto, connotata dall'intimità familiare.



evitar di attribuire alla nuova norma un significato del tutto assurdo¹⁵, occorre superare la lettera della legge e interpretare il richiamo alle regole interne delle strutture come riferibile alle sole visite.

Le informazioni sanitarie, pertanto, restano e non possono che restare regolate dal suddetto codice: di regola, pertanto, possono essere comunicate soltanto al paziente stesso e alle persone cui questi autorizza la comunicazione. In via di eccezione però, dopo eseguita la prestazione sanitaria senza il consenso del paziente per motivi di emergenza, le informazioni possono essere comunicate ai suoi «prossimi congiunti»¹⁶ e ai suoi «familiari» (tra i quali è espressamente compreso il convivente), anche senza il suo consenso, qualora sia in stato di incapacità fisica, legale o naturale (così si legge nell'art. 82 comma 2 lett. a d.lgs. n. 196/2003).

Per il caso particolare delle informazioni concernenti una persona che si trova «all'inizio nel periodo di osservazione ai fini dell'accertamento di morte», la legge n. 91/1999 sui prelievi e trapianti di organi (da cadavere) prevede che l'informazione sia data anzitutto «al coniuge non separato o al convivente *more uxorio*» (art. 3 comma 2). In questa norma, come si vede, mentre il coniuge separato è escluso, il convivente è espressamente indicato e per di più senza le limitazioni previste invece nel comma 36: pertanto la norma si applica anche nel caso in cui uno dei conviventi fosse ancora legato in matrimonio con un'altra persona.

Sulle informazioni sanitarie, dunque, il comma 39 non introduce alcuna effettiva innovazione.

È comunque bene ricordare che qui si sconta, in generale, la mancanza di una disciplina ragionevole e certa da parte del legislatore in tema di comunicazione dei dati sanitari del paziente ai suoi familiari, ben al di là del caso specifico dei diritti del convivente: è ovvio che non è questa la sede opportuna per approfondire la questione.

4.3. – Il comma 40 attribuisce a ciascun convivente di fatto la facoltà di designare l'altro come suo rappresentante per prendere le decisioni sui trattamenti sanitari, sulla donazione degli organi, sulle modalità di trattamento del corpo e sulle celebrazioni funerarie. Soggiunge, con una locuzione drammaticamente atecnica, che può attribuirgli «poteri pieni o limitati». Non si capisce che cosa ciò significhi: se *limitato* significhi solo su alcune delle materie elencate e *pieno* su tutte; o se *limitato* significhi secondo le direttive dell'interessato e *pieno* senza tali direttive. In ogni caso, così approssimativa e generica com'è, sembra una precisazione inutile.

¹⁵ Se il legislatore avesse consapevolmente attribuito ai regolamenti interni delle strutture sanitarie anche la competenza a regolare l'accesso alle informazioni, ci troveremmo davanti a una sciocchezza giuridica, indicativa però purtroppo di un dato reale: guardando alla prassi delle relazioni tra i pazienti, i loro familiari e le strutture sanitarie con l'occhio del cosiddetto «uomo della strada» (ma dal legislatore ci si aspetterebbe una conoscenza di causa un po' superiore!), le regole che davvero contano non sono quelle di legge, ma quelle decise da chi nel singolo caso di specie si trova in una posizione di potere. Ciò ovviamente salvo contestarle appellandosi in modo fondato alle regole di diritto, cosa che però non è alla portata di tutti, tanto meno nelle difficili circostanze del ricovero ospedaliero di un proprio caro.

¹⁶ La locuzione richiama la nozione penalistica corrispondente (art. 307, comma 4, c.p.).



Il comma 41 stabilisce la forma della designazione: un documento redatto «in forma scritta e autografa»¹⁷ o una dichiarazione orale in presenza di un testimone, che di solito sarà un componente del personale sanitario, o anche un familiare, purché però – aggiungo – diverso da quello designato, onde evitare conflitti d’interesse.

La prima doverosa osservazione è che in linea di principio tale potere era già pacificamente esistente: chiunque può designare qualsiasi altra persona come proprio rappresentante, senza necessità di una norma che glielo permetta. Ma la peculiarità di questa norma sta nel contenuto dei poteri che possono essere attribuiti al rappresentante, di carattere strettamente personale.

Immagino che il legislatore avesse in mente una situazione tipo di questo genere: intorno al letto dell’interessato, che si trova nella fase finale della sua vita, si scatena la lite fra i suoi i figli e la sua convivente, che non è la loro madre, su come gestire la sua infermità e la sua morte. Con questa norma credo intendesse attribuire all’interessato la possibilità di indicare la/il convivente, invece dei figli, come persona legittimata a decidere per conto suo quando non fosse più stato in grado di farlo da sé con sufficiente consapevolezza. Ottima idea, si direbbe con il sapere del cosiddetto “uomo della strada”: inseriamo il convivente di fatto nel novero dei familiari che hanno voce in capitolo su queste materie, lasciando all’interessato la scelta della voce cui dare la preferenza.

È un vero peccato, per il nostro dilettantesco legislatore, che purtroppo la regolazione su chi ha voce in capitolo in queste materie, così delicate, sia incerta e lacunosa, sostanzialmente governata da *prassi consuetudinarie*: sarebbe necessaria una disciplina generale di legge, frutto di una discussione seria, basata su un’adeguata conoscenza della realtà fattuale e soprattutto libera dalle ammorbanti contrapposizioni ideologiche consuete.

Potrebbe però esservi anche un’altra cosiddetta intenzione del legislatore, più sotterranea: quella di lanciare un primo accenno di regolazione generale della materia del consenso in sostituzione dell’interessato stesso, introducendo la figura del *fiduciario per i trattamenti sanitari*, figura della quale si discute da tempo nel mondo politico, con tanti proclami di principio ma poco costruito. Di sicuro, se si introduce questa figura per il convivente di fatto, ragionevolezza impone che sia applicata anche ad altri strettissimi familiari come il coniuge non separato, i figli maggiorenni, i genitori non più esercenti la responsabilità parentale.

È ovvio che questa non è la sede opportuna per trattare un tema così ampio e delicato, neppure sinteticamente, sicché mi limito a qualche osservazione sparsa sul nuovo testo di legge.

Anzitutto è innegabile che in un qualche modo la nuova legge istituisce, surrettiziamente, la figura del fiduciario, forse senza ben avvedersi della sua novità, né del fatto che non può natu-

¹⁷ La parola «autografa» è del tutto atecnica, in stile “linguaggio da bar”: potrebbe significare che dev’essere *olografa*, con riferimento all’art. 602 c.c.; oppure che dev’essere scritta dal paziente in persona, ma non necessariamente tutta a mano; oppure solo significare che dev’essere sottoscritta, cosa peraltro ovvia per attribuire valore probatorio a qualsiasi scrittura privata. La prima interpretazione mi sembra preferibile, per la maggiore garanzia di autenticità che offre.



ralmente riguardare solo il convivente, ma chiunque sia indicato dal paziente¹⁸. Tuttavia la lascia quasi senza regole, soprattutto riguardo al grado di vincolatività delle decisioni del designato, a differenza di altri paesi più seri del nostro, come per esempio la Francia¹⁹.

Comunque sia, la nuova legge impone di inserire il convivente di fatto nell'elenco dei *familiari* che hanno voce in capitolo su queste materie: una scelta di doveroso rispetto per le relazioni di convivenza stabile, o in altre parole per la *vita familiare*.

Presupposto della designazione è che la persona malata sia ancora capace naturale. Se invece non lo è più, la norma non può operare. Ora, se lo scopo principale è quello di proteggere la volontà dell'interessato e al tempo stesso di evitare liti e di garantire al convivente una condizione di parità con gli altri familiari, mi sembra *inidonea* proprio quando si tratta di risolvere i casi più delicati: sono quelli in cui gli eventi sono precipitati con tale rapidità da non aver permesso alcuna designazione, come per esempio quando in seguito a un incidente stradale il ferito è in stato di coma e in condizioni disperate. In circostanze di questo genere, se si intende ridurre al massimo paralizzanti liti intrafamiliari²⁰, sarebbe necessario attribuire *di diritto* il potere rappresentativo e decisionale a un familiare, in base a una graduatoria stabilita in via generale e astratta dalla legge, secondo il modello degli artt. 374-378 del codice civile svizzero²¹. È però evidente che sono questioni che prescindono del tutto dal tema specifico della disciplina della convivenza.

La nuova norma pone problemi di coordinamento con altre norme, anzitutto con quelle sul-

¹⁸ Mi sembra necessario però segnalare che nella prassi consuetudinaria i familiari "fiduciari" (per così dire) esistono già, come ogni medico ospedaliero sa perfettamente: ma tale prassi non offre alcuna regola di prevalenza dell'opinione di un familiare su quella di un altro, lasciando al medico lo sgradevole compito di barcamenarsi alla meglio tra le discordie familiari.

¹⁹ Il *Code de la santé publique* prevede che chiunque, in previsione di trovarsi in futuro in una situazione patologica grave, tale da non permettergli di ricevere le informazioni necessarie per esprimere il suo consenso informato ai trattamenti sanitari suggeriti dai medici o di manifestare la sua volontà in proposito, possa nominare con atto scritto revocabile una persona di sua fiducia (*de confiance*) liberamente scelta, che dovrà essere consultata (art. 1111-6 comma *santé*). Nel decidere se effettuare o sospendere un trattamento sanitario, i medici devono tener conto sia delle eventuali direttive anticipate, sia del parere del fiduciario, ma non sono tenuti a seguire né le une né l'altro qualora possa derivarne rischio per la sua vita: in tal caso decidono sulla base della procedura collegiale prevista dal codice di deontologia medica (artt. L.1111-4 comma 5 e R.4127-37 *Code santé*). Tuttavia, se si tratta di un malato terminale, il parere della persona di fiducia deve avere la prevalenza (art. 1111-12 *Code santé*).

²⁰ Esemplare sul punto è la lunga e complessa vicenda del caso Lambert, sul quale cfr. tra l'altro la sentenza della CEDU *Lambert c. Francia*, 2015.

²¹ Le norme sono state introdotte con la riforma del diritto tutorio nel 2013. L'art. 374, qualora manchino sia un «*mandato precauzionale*» (rappresentante designato dall'interessato) sia un *curatore* (rappresentante legale di nomina giudiziaria), attribuisce *di diritto* un potere generale di rappresentanza al coniuge o al partner registrato, purché vi sia la convivenza o una «regolare assistenza» prestata di persona. L'art. 378, al solo fine di consentire o rifiutare i trattamenti sanitari e i ricoveri qualora manchi un rappresentante (sia designato sia legale), attribuisce *di diritto* la rappresentanza ai familiari, secondo un ordine che colloca al secondo posto «la persona che vive in comunione domestica con la persona incapace di discernimento e le presta di persona regolare assistenza», subito dopo il coniuge e il partner registrato e prima dei discendenti e degli ascendenti.



l'amministrazione di sostegno e sulla tutela. La funzione di rappresentante per le decisioni in materia sanitaria è una delle tipiche funzioni che possono essere attribuite all'amministratore o al tutore. Se vi è il tempo per farlo, questa via mi sembra più opportuna²²: la nomina da parte di un giudice, pur restando ovviamente ferma l'eventuale designazione da parte dell'interessato di cui all'art. 408, comma 1, c.c., costituisce per quest'ultimo una miglior garanzia rispetto alla via spiccia indicata dai commi 40 e 41.

La nuova norma dovrebbe essere coordinata con la legge n. 91/1999 sul prelievo di organi a scopo di trapianto: questa attribuisce al coniuge non separato e al convivente, menzionati in modo paritario, il diritto di opporsi in forma scritta all'espianto «entro il termine corrispondente al periodo di osservazione ai fini dell'accertamento di morte» (art. 23, comma 2). La legge non prevede che la loro opposizione debba rispecchiare le scelte manifestate in precedenza dal malato, salvo risultino da «documenti personali o dalle dichiarazioni depositate presso la ALS» (art. 23 comma 3), sicché lascia loro un ampio margine di discrezionalità. La nuova norma è invece molto più stringente nel far valere le scelte del malato, perché la voce del suo fiduciario deve dichiarare la volontà espressa dal malato quando era ancora in grado di esprimerla.

La nuova norma dovrebbe anche essere coordinata con le disposizioni non patrimoniali che possono essere contenute nel testamento, fra le quali sono comprese le modalità di trattamento del corpo e il rito funebre. In presenza di precedenti disposizioni in materia redatte in forma testamentaria, le eventuali diverse disposizioni precisate successivamente nel documento di nomina del fiduciario (comma 41) possono avere valore di revoca di quelle date nel testamento precedente, purché redatte in forma olografa; la funzione del fiduciario presenterebbe allora una qualche somiglianza con quella dell'esecutore testamentario. Ma non è ammissibile che possano essere revocate dall'interessato con uno scritto non olografo, né con una dichiarazione orale alla presenza di un testimone, né tanto meno che possano "revocate" dal fiduciario in attuazione dell'ultima volontà oralmente espressa dal paziente.

Mi si permetta un commento finale: legiferare su queste delicatissime materie ormai non presenta più le enormi difficoltà che presentava fino a un paio di decenni fa: basta copiare dai paesi seri; ma copiare bene, possibilmente.

4.4. – I commi 47 e 48 riguardano la posizione del convivente dinanzi all'amministrazione di sostegno e all'interdizione dell'altro.

Il comma 48 nulla innova, a quanto sembra, ma si limita a ripetere – malamente come dirò tra poco – quanto già previsto dagli artt. 408, comma 1 e 424, comma 3, c.c.: la persona stabilmente convivente fa parte dell'elenco delle persone sulle quali deve preferibilmente cadere la scelta per essere nominate come amministratore o tutore, insieme con il coniuge non separato legalmente, i genitori, i figli, i fratelli e le sorelle e i parenti entro il 4° grado. Come si vede,

²² Ciò però solo in astratto: se ogni volta in cui ricorrono queste circostanze si chiedesse la nomina di un amministratore, gli uffici di giudice tutelare collasserebbero, travolti da una mole di lavoro immane.



l'art. 408, opportunamente, esclude dall'elenco il coniuge legalmente separato: se ne deve dedurre che per l'art. 408 comma 1 c.c. il convivente è inserito nel suddetto elenco sulla base del solo dato fattuale, indipendentemente dall'esistenza di un matrimonio non ancora sciolto che legghi l'altro convivente. Pertanto, se si volesse far prevalere la lettera del combinato disposto dei commi 48 e 36 sull'art. 408 comma 1, sarebbero esclusi da questo elenco sia il convivente, se l'altro è ancora legato da un matrimonio, sia il coniuge, in quanto legalmente separato: l'evidente assurdit  della conseguenza porta a escludere che la norma innovi alcunch .

Il comma 48 inoltre non riproduce il contenuto degli artt. 406 e 417 c.c., secondo i quali la persona stabilmente convivente   legittimata a chiedere l'amministrazione di sostegno e l'interdizione per il proprio convivente. Mi sembra ovvio che si tratti di una semplice dimenticanza.

Dato che non vi era alcun bisogno di innovare la disciplina del 2004 sul punto e viste anche l'incuria e l'imprecisione del legislatore, sarebbe stato sicuramente preferibile se la nuova legge avesse ignorato la posizione del convivente riguardo all'amministrazione di sostegno a all'interdizione: infatti era gi  adeguatamente tutelata.

Il comma 47, con una precisione inconsueta in una legge cos  approssimativa, colma una lacuna di coordinamento tra la legge introduttiva dell'amministrazione di sostegno e il codice di procedura civile, piccola e sostanzialmente irrilevante. L'art. 712, comma 2, c.p.c. non menzionava il convivente fra le persone il cui nome dev'essere indicato nel ricorso per l'amministrazione di sostegno e per l'interdizione. Siccome per  l'elenco di queste persone riproduce quello dei legittimati alla richiesta, una volta ammessa la legittimazione del convivente con i nuovi artt. 406 e 417 c.c., la necessit  di menzionarlo mi sembra fosse gi  implicita.

5. – 5.1. – I commi 42-44 dettano alcune regole riguardanti il diritto del convivente superstite di continuare ad abitare nella casa familiare dopo la morte dell'altro²³.

Il comma 42 riguarda l'ipotesi in cui la casa fosse di propriet  del convivente defunto, al quale va ragionevolmente aggiunta l'ipotesi in cui la casa fosse di propriet  comune dei due conviventi. Si tratta di un diritto ispirato, almeno a prima vista, al modello del diritto di abitazione del coniuge superstite di cui all'art. 540, comma 2, c.c. Va notato per  che non si usa la locuzione «diritto di abitazione»²⁴, con il suo riferimento inequivocabile all'art. 1022 e segg. c.c. Immagino quindi che si riproporr , anche qui, la nota discussione che si era posta all'indomani della riforma del 1975 sul diritto del coniuge affidatario dei figli ad avere assegnata la

²³ Questa casa non   per  detta *familiare* ma «di comune residenza»: il dato lessicale vuole forse ricordare anche qui che quella non matrimoniale   famiglia, s , perch  lo impone la giurisprudenza della CEDU, ma non tanto quanto quella matrimoniale. Ci    in armonia ideologica con l'irrilevante affermazione contenuta nel comma 1 della nuova legge, che a proposito dell'unione civile richiama gli artt. 2 e 3 della costituzione, a sottolineare che si tratta di situazioni diverse da quelle di cui all'art. 29.

²⁴ Tale locuzione era invece usata nei progetti unificati precedenti a quello approvato: cfr. come ultima la versione aggiornata al 12 marzo 2015, reperibile nel sito articolo29.it.



casa familiare: se si tratti del diritto reale di cui all'art. 1022, o a questo assimilabile, oppure di un diritto di obbligazione.

Qualora si affermasse la tesi che lo qualifica come diritto di obbligazione, vi sarebbe un giusto interesse del convivente superstite a trascriverlo, per renderlo opponibile ai terzi: costoro, nel caso di specie, sono anzitutto i successori del convivente defunto, che potrebbero essere figli di precedenti unioni, in rapporti conflittuali con il convivente superstite. Tuttavia manca un'indicazione normativa che ne permetta la trascrizione, sicché questo diritto risulta esposto al fortissimo rischio di essere facilmente vanificato dagli eredi con un'immediata vendita, magari fatta in odio al convivente superstite. Non è chiaro se il legislatore non abbia colto il problema o se abbia scelto in modo consapevole, ma allora surrettizio, di non tutelare adeguatamente il convivente in presenza di situazioni conflittuali con gli eredi²⁵.

È comunque indubbio che questo diritto, qualunque natura abbia, comprende anche quello di utilizzare le pertinenze della casa, sia immobili (box auto, ecc.) sia mobili (gli arredi di casa).

A differenza del diritto di abitazione di cui all'art. 540, comma 2, ha un termine finale preciso: va da un minimo garantito di 2 anni a una durata pari a quella della convivenza, quindi anche maggiore ma comunque entro il limite massimo di 5 anni.

Vi sono due eccezioni, poste entrambe nell'interesse dei figli minori a mantenere il proprio ambiente domestico. Se la coppia si era separata e la casa era stata assegnata al convivente superstite, prevalgono le regole dettate in generale dall'art. 337-*sexies* c.c. per la separazione della coppia genitoriale, secondo le quali il diritto si estingue quando i figli non convivono più con il genitore o hanno raggiunto l'indipendenza economica.

In tutti gli altri casi in cui il convivente superstite abita con figli minori o disabili, il tempo minimo garantito è aumentato ad almeno 3 anni. Non è precisato se ciò riguardi unicamente i figli comuni della coppia o anche quelli che discendono solo dal convivente superstite.

Vi è un'evidente differenza di trattamento dei figli tra il caso che resta regolato dall'art. 337-*sexies* e quello regolato dalla frase finale del comma 42. La prima norma è nettamente più favorevole per i figli per la durata e per la sicura opponibilità ai terzi, purché vi sia stata la trascrizione.

Ciò che soprattutto colpisce all'interno di questa differenza di trattamento è il caso dei figli comuni della coppia, minori o disabili, qualora la morte del genitore proprietario sopravvenga mentre la famiglia convive unita e la proprietà della casa spetta a eredi estranei a quel nucleo, per esempio i figli avuti dal defunto in un'unione precedente: stando alla lettera della legge, in questo caso – di certo raro ma non irrealistico – si dovrebbe applicare il comma 42 e non l'art. 337-

²⁵ L'abbandono della locuzione *diritto di abitazione*, insieme con la riduzione della durata nel tempo del diritto del convivente – che emergono dal confronto tra il testo approvato e la versione del 12 marzo 2015 – mi induce a sospettare la consapevolezza: evitando di qualificarlo in modo non equivocabile come diritto reale e non prevedendone espressamente la trascrivibilità, diventa amplissima la differenza rispetto al diritto del coniuge e quindi la differenza della convivenza rispetto al matrimonio. Un altro “colpo di coda” della tutela della *famiglia legittima*?



sexies. Ne risulta quindi che i figli di una coppia convivente sarebbero discriminati, quanto al diritto di restare nella casa familiare dopo la morte del genitore che ne è proprietario, rispetto ai figli di una coppia separata.

Questa ingiustificabile disparità di trattamento potrebbe – forse – essere evitata ricorrendo a un'interpretazione analogica costituzionalmente orientata, che applichi il principio generale che vieta le discriminazioni tra figli dovute a circostanze loro estranee, qual è quella rilevata²⁶. Pertanto in presenza di figli minori o disabili, che siano comuni dei due conviventi e che coabitino con il convivente sopravvissuto, si dovrebbe sempre applicare la regola a loro più favorevole, quindi applicare per analogia quella dell'art. 337-*sexies* c.c., invece di quella della frase finale del comma 42. Così ragionando, la regola della frase finale del comma 42 sarebbe applicabile unicamente ai figli che discendono solo dal convivente superstite²⁷.

Il comma 43 stabilisce che il diritto si estingue qualora «il convivente superstite cessi di abitare stabilmente nella casa di comune residenza o in caso di matrimonio, di unione civile o di nuova convivenza di fatto». L'estinzione di diritto al verificarsi di queste circostanze mi sembra non possa aver luogo, oltre che nei casi in cui si applica l'art. 337-*sexies*, anche quando vi sono figli minori o disabili: di certo per i 3 anni di durata minima garantita; anche oltre, se si accoglie l'interpretazione proposta nelle righe che precedono. Infatti questa norma tutela primariamente il loro interesse e non in quello del convivente, sicché si attagliano perfettamente anche a questo caso le argomentazioni della corte costituzionale sulla decadenza dall'assegnazione della casa familiare in seguito alla separazione²⁸.

Il comma 44 ribadisce la regola, già da lungo tempo vigente²⁹, secondo la quale in caso di morte del convivente conduttore, l'altro convivente gli succede di diritto nel contratto di locazione.

Il comma 44 aggiunge un'altra regola, mal scritta: qualora il convivente conduttore receda dal contratto di locazione, l'altro «ha facoltà di succedergli nel contratto». La norma mi sembra vada letta così: in caso di scissione della coppia e quindi di fine della convivenza, il convivente ha il diritto di succedere nel contratto al conduttore, benché questi ne abbia comunicato al locatore la risoluzione anticipata, sicché questa resta senza effetto.

Il legislatore non prende in considerazione il caso in cui il diritto di godimento sulla casa facente capo al convivente defunto derivasse da un contratto di comodato. Il tema è oggi molto

²⁶ Questa articolazione del principio di eguaglianza è ben espressa nella sentenza n. 454/1989 della corte costituzionale, che ha escluso si potesse discriminare tra figli di separati e figli di divorziati, proprio con specifico riferimento all'opponibilità ai terzi dell'assegnazione della casa familiare, a quel tempo prevista dalla legge solo per i figli di divorziati.

²⁷ Ciò sarebbe coerente con l'orientamento giurisprudenziale costante che ritiene applicabile l'assegnazione della casa familiare solo in presenza di figli comuni di entrambi i genitori che pongono fine alla convivenza.

²⁸ Cfr. la sentenza n. 308/2008.

²⁹ Cfr. l'art. 6 legge n. 392/1978, sull'equo canone, come esteso dalla sentenza n. 404/1988 della corte costituzionale.



dibattuto a proposito dell'assegnazione della casa familiare: la corte suprema ha giudicato che il diritto dell'assegnatario sia opponibile al proprietario comodante che ne chiede la restituzione solo qualora si tratti di un comodato con *espressa determinazione* della sua finalità (art. 1809 c.c.), e precisamente per lo svolgimento della vita familiare del convivente defunto³⁰. Se si accoglie l'interpretazione costituzionalmente orientata proposta sopra, in presenza di figli minori o disabili questa regola giurisprudenziale potrebbe essere estesa per analogia anche al caso di morte del convivente.

5.2. – Il comma 45 parifica la convivenza al matrimonio al fine di formare le graduatorie per assegnare gli alloggi di edilizia residenziale pubblica³¹.

La norma è fortemente a rischio di conflitto con la legislazione regionale, dal momento che la materia appartiene alla competenza delle regioni. Tuttavia il legislatore sembra non avvedersene.

Potrebbe essere salvata interpretandola come espressione di *principio generale di diritto civile*, cioè di un settore dell'ordinamento che appartiene alla competenza esclusiva dello stato: il principio di eguaglianza di trattamento fra la coppia spostata e quella non sposata, pur solo a questo ridotto fine. È appena il caso di ricordare che nel settore del diritto assistenziale vigente tale parificazione è molto frequente, anzi è da lungo tempo pressoché normale: basti pensare, fra le tante, alle regole sull'ISEE per l'accesso ai servizi pubblici.

Se la norma resisterà ai probabili ricorsi delle regioni alla corte costituzionale, porterà inevitabilmente a disapplicare molte norme regionali, che ai fini del diritto all'inserimento in graduatoria trattano le coppie non sposate meno favorevolmente di quelle sposate³².

5.3. – Il comma 46 estende al convivente la possibilità di partecipare all'impresa familiare, inserendo nel codice civile il nuovo art. 230-*ter*, che riproduce in modo più rapido e semplificato l'art. 230-*bis* comma 1 c.c. La mancata riproduzione dei commi 2, 4 e 5 dell'art. 230-*bis* mi sembra irrilevante. Si tratta infatti di norme che connotano l'istituto dell'impresa familiare in modo essenziale: se non le si applicasse, la disciplina della partecipazione del convivente all'impresa sarebbe gravemente lacunosa e dovrebbe comunque essere integrata per via interpretativa.

Proprio per questo non è ben chiara la ragione per la quale il legislatore ha scelto di aggiungere una nuova norma al codice: molto più semplicemente, avrebbe potuto aggiungere il convivente nell'elenco dei familiari, contenuto nel comma 3 dell'art. 230-*bis* c.c.

³⁰ Cfr. Cass., sez. un., n. 13603/2004, in *DeJure*, successivamente confermata da Cass., sez. un., n. 20448/2014, in *DeJure*.

³¹ O *popolare*, come si continua dire nel linguaggio di tutti i giorni, fatto proprio da questo legislatore.

³² In particolare, molte leggi regionali chiedono una pregressa durata minima della convivenza *anagrafica*, qualora manchi il matrimonio. Per esempio il Piemonte e le Marche chiedono 1 anno di convivenza pregressa, il Veneto, la Campania e la Puglia 2 anni; la Liguria, invece, non chiede la convivenza se si tratta di coppie sposate.



5.4. – Il comma 49 parifica il convivente di fatto al coniuge al fine del risarcimento del danno per il caso di morte dell'altro convivente, dovuta al fatto illecito di un terzo.

La norma è mal scritta. La prima ragione è che il suo tenore letterale la limita al caso di morte, senza preoccuparsi del caso di lesioni gravi, magari invalidanti, che possono turbare a fondo la vita della famiglia, tanto sul piano esistenziale quanto su quello economico. La seconda è che fa riferimento genericamente al «risarcimento del danno», senza preoccuparsi di distinguere tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, forse ignorando che le regole giurisprudenziali in materia sono diverse.

Quanto al risarcimento del *danno non patrimoniale*, la giurisprudenza costante riconosce infatti da lungo tempo al convivente stabile il medesimo diritto spettante al coniuge, sicché sul punto il comma 49 non introduce una nuova regola, ma si limita a riprodurre in veste legislativa una regola giurisprudenziale previgente.

Quanto al risarcimento del *danno patrimoniale*, il comma 49 modifica invece la regola della giurisprudenza consolidata³³, che attribuisce al convivente il diritto a tale risarcimento a patto di dimostrare che l'altro, deceduto, era l'effettiva fonte del suo mantenimento. Era dunque tutelata la sua *aspettativa* a che questa situazione di fatto non subisse interferenze lesive da parte di terzi. Al coniuge non è invece richiesta una prova analoga, argomentando dall'obbligo giuridico di contribuire ai bisogni della famiglia di cui all'art. 143 c.c. In applicazione della nuova norma, questa differenza dovrebbe essere cancellata, liberando il convivente dall'onere della prova suddetta.

Il comma 49, come accennato, non tocca la questione del risarcimento del danno per le *lesioni* subite dell'altro convivente, dovute al fatto illecito di un terzo, che incidano in modo significativo sull'andamento della vita familiare. La ragione di questo silenzio non mi è comprensibile, visto che il legislatore ha ritenuto opportuno pronunciarsi sul caso della morte.

È importante ricordare anche qui quanto scritto sopra (§§ 2 e 3.4): le regole applicate costantemente dalla giurisprudenza non distinguono fra convivenze di persone aventi lo stato libero e convivenze di persone ancora legate in matrimonio con altri, ma separate, mentre la nuova legge lo fa. Mi sembra ne consegua che nel caso in cui i conviventi non abbiano entrambi lo stato libero il risarcimento del danno patrimoniale dovrebbe restare governato dalle regole giurisprudenziali consolidate, senza applicare l'eguaglianza di criteri prescritta dal comma 49.

La nuova legge non tocca la disciplina della varie indennità riconosciute ai familiari – tra i quali sono sempre compresi i conviventi – delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata³⁴ e delle richieste estorsive e dell'usura³⁵.

³³ La sua prima affermazione da parte della Corte Suprema risale alla sentenza n. 2844/1994, poi seguita da giurisprudenza costante.

³⁴ Legge 20 ottobre 1990, n. 302, artt. 4 e 5: la pregressa convivenza deve essere durata almeno 3 anni e il convivente essere a carico della vittima ai fini IRPEF.

³⁵ Legge 23 febbraio 1999, n. 44, art. 8: la pregressa convivenza deve essere durata almeno 3 anni.



5.5. – In caso di cessazione della convivenza di fatto, il comma 65 attribuisce al convivente che si trovi nella condizione di bisogno di cui all'art. 438, comma 1, c.c. il diritto agli alimenti nei confronti dell'altro. Il loro ammontare è determinato secondo le regole dell'art. 438, comma 2, c.c.

Sono assegnati «per un periodo proporzionale alla durata della convivenza»: la locuzione *periodo proporzionale*, usata qui, ha un significato ben diverso rispetto alla locuzione *periodo pari*, usata a proposito dell'abitazione della casa familiare (comma 42): mentre la seconda permette un semplice calcolo numerico, la prima lascia al giudice un ampio margine di discrezionalità, per valutare quanto la convivenza e le sue modalità abbiano inciso sulle scelte esistenziali dei componenti della coppia, in particolare del componente bisognoso dell'assegno alimentare.

La collocazione della norma dopo la disciplina del contratto di convivenza (commi 50-64) indica che gli alimenti sono dovuti in ogni caso, anche in presenza di un accordo contrattuale fra le parti sulle regole patrimoniali della loro convivenza e qualunque ne sia il contenuto, coerentemente con la loro comune qualifica di diritto irrinunciabile: costituiscono infatti un soccorso ultimo per chi è in stato di bisogno.

Molto opportunamente, il convivente è espressamente collocato nella graduatoria dell'art. 433 c.c.: senza tener conto del donatario, il suo posto è in realtà il terzo³⁶, dopo gli ascendenti e prima sia dei fratelli e delle sorelle, sia dell'ex-coniuge in caso di annullamento del matrimonio (art. 129-*bis*, comma 1, ultima frase).

L'ultima versione del testo di legge ha soppresso – giustamente, a mio modo di vedere – l'obbligo di mantenimento in seguito alla cessazione della convivenza, che era invece previsto nel testo presentato inizialmente per la votazione dello scorso febbraio in senato.

³⁶ Di certo, infatti, non possono esservi né il coniuge (n. 1) né gli affini (nn. 4 e 5).